CO

جامعة الإسكندرية

كلية الحقوق

جرائم الامتناع بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

" دراسة مقارنة "

رسالة مقدمة من الطالب

أشرف عبد القادر قنديل أحمد

لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

لجنة الحكم على الرسالة

تتشكل من

الأستاذ الدكتور/ رمضان على السيد الشرنباصى مشرفاً ورئيساً

أستاذ الشريعة الإسلامية – بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

الأستاذ الدكتور/ أحمد عوض بلال عضواً.

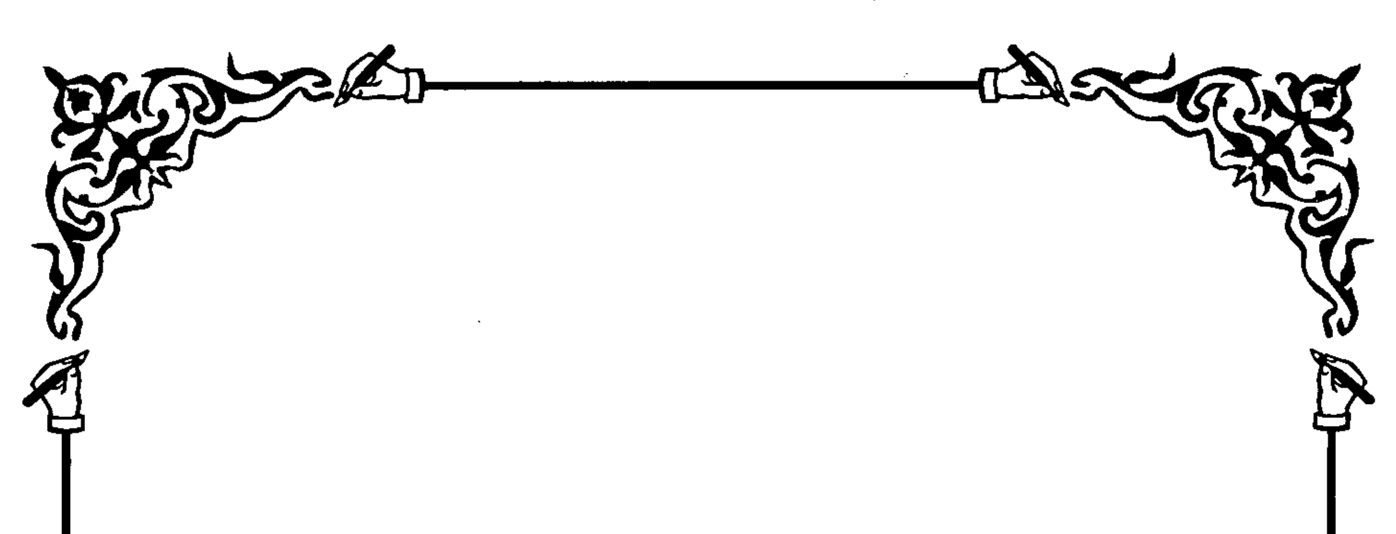
أستاذ القانون الجنائى وعميد كلية الحقوق جامعة القاهرة .

الأستاذ الدكتور / فتوح عبد الله الشاذلى مشرفاً وعضواً

أستاذ القانون الجنائى – بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية.

الأستاذ الدكتور / أمين مصطفى السيد عضواً

أستاذ ورئيس قسم الجنائى – بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية



يقول الله تعالى :

﴿ قَالَ يَا قَوْمِ أَرَأَيْتُمْ إِن كُنتُ عَلَىَ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي وَرَزَقَنِي مِنْهُ رِزْقًا حَسَنًا وَمَا أُرِيدُ أَنْ أُخَالِفَكُمْ إِلَى مَا أَنْهَاكُمْ عَنْهُ إِنْ أُرِيدُ إِلاَّ الإِصْلاَحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلاَّ بِاللّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾ .

صدق الله العظيم

[هود : ٨٨]

شكر وتقدير

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِـــي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾ [النمل : ١٩]

فالحمـــد لله أحمدك ربى حمداً لا بلوغ لمنتهاه والشكر لله : أشكرك ربى شكر عبد متضرع يرجو منك رضاه .

وأصلى وأسلم على النبى المعظم، والرسول المكرم الهادى المعلم(ﷺ) الذى أخرجنا الله بـــه من الظلمات إلى النور واشترط لصحة الإيمان به تحكيمه دون حرج والتسليم التام لما أمر به. إذ يقول المولى عز وجل فى شأنه : ﴿ فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾ [النساء : ٦٥].

ويقـــول النبـــى (ﷺ) ((من لم يشكر الناس لم يشكر الله))، وامتثالاً لأمره (ﷺ) فإنى أتوجه بجزيل الشكر وعظيم الثناء إلى كل من :

الأستاذ الدكتور / رمضان على السيد الشرنباصى

أستاذ الشريعة الإسلامية - بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية .

الذى غمرنى بغزارة علمه وسعه أفقه وعطائه المتواصل طيلة مشوارى فى إخراج هذا البحث ، لما له من رفعة الفقهاء وحكمة العارفين ، فالله أسأل له القبول وأن يجعله فى ميزان حسناته، أبقاه الله للعالمين أسوة وأحياه للأكرمين قدوة وأدام الله فضله وبارك له فى علمه ، فكان نعم المعلم والمرشد.

الأستاذ الدكتور / فتوح عبد الله الشاذلى

أستاذ القانون الجنائى - بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية.

دُرّه مـــن دُرّر فقهـــاء القانون الجنائى جمع بين شموخ العلماء وتواضعه فى خلق دمـــث. الذى تفضل بالإشراف على هذا البحث ورعايته وتقويم ما أعوج فيه وأفاض علىّ بتوجيهاته الفقهية العظيمة بدقة متناهية ، فالله أسأل له القبول وأن يجعله فى ميزان حسناته، أبقاه الله للعالمين أسوة وأحياه للأكرمين قدوة وأدام الله فضله وبارك له فى علمه ، فكان نعم المعلم والمرشد.

الباحث ،،،

وفاءُ وشُكرُ خاص

إلى المرحوم الأستاذ الدكتور / محمود نجيب حسنى

وفـــاءُ علـــىّ أن أتوجه بالشكر الخاص والخالص ابتغاء وجه الله تعالى .. إلى من ألتقيته دون أن ألتقيه .. وعرفته دون أن أعرفه ... فأفدت من مؤلفاته العظيمة ... دون أن أدرى أن قلمه المعطاء قد توقف إلى الأبد ... غير أن علمه المعطاء لن يتوقف إلى الأبد، مـــصداقاً لحديث النبى (ﷺ) : ((إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له)).

الباحث ،،،

المقدمة

١ - موضوع البحث :

إن أول جريمة وقعت عند خلق البشر كانت بامتناع ، وذلك عندما امتنع إبليس عن السجود لآدم امتثالاً لأمر الله تعالى ، كما يقول المولى عز وجل ﴿وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ أَبَى وَاسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ﴾(1) .

ومع ذلك لم يحظ الامتناع المُجرم والمُؤثم بالاهتمام اللازم والكافى - من قبل المشرع الوضعى- لمواجهة الجرائم التى تقع بالسلوك السلبى، مع أن المولى عز وجل أشار فى كتابه بأن أول جريمة وقعت بامتناع . ومع ذلك انصرف اهتمام المشرع الوضعى إلى تجريم السلوك الإيجابي على حساب السلوك السلبي، مما دفع بعض الشراح إلى القول بأن الامتناع هو -عدم باعتباره سكوناً- ولا ينتج إلا عدماً.

وهذه الفكرة - وإن تغيرت - إلا أن المشرع الوضعى تأثر بها فى نصوص تجريمه، فكانت نصوص التجريم التى تقع بالامتناع قليلة فى مجال الجنايات والجنح ، كثيرةً فى مجال المخالفات، وهى متناثرة وغير متناسقة فى صياغتها التشريعية، مما أسفر عن التفرقة فى مجال التطبيق العملى للنصوص التشريعية التى تجرم الامتناع، ما بين الاعتراف بالجرائم غير العمدية الناتجة عن امتناع والتوسع فيها، وبين التردد فى الاعتراف بالجرائم العمدية الناتجة عن امتناع والتضييق فيها، وذلك مرجعه أن نصوص الأولى التى تتسم بالمرونة والاتساع، بينما فى الثانية تتسم بالجمود والتضييق، ومرجع ذلك عدم فهم سببية الامتناع فهماً صحيحاً، وهل يمكن إثباته أم لا ؟.

ومن هنا كانت الحاجة إلى وضع نظرية عامة للامتناع، تحدد أركان جريمة الامتناع، وبيان علاقة السببية وتحديدها فى إحداث النتائج الإجرامية المترتبة عليها .

جدير بالذكر أن بعض الباحثين قد سبقونى برسالات متعددة فى تصور لنظرية جرائم الامتناع. وقد بدأت من حيث انتهى الآخرون مضيفاً إليهم مفاهيم وآراء فقهية عالجت فى ضوءها المشكلات الحديثة لجرائم الامتناع والتى ظهرت فى الأونة الأخيرة .

٢- أهمية البحث :

ومما زاد فى ضرورة المطالبة بصياغة هذه النظرية تطور الحياة فى هذا العصر الثالث من التكنولوجيا، والمستحدثات التى طرأت على سلوكيات المجتمع، مما أدى إلى تعقيد المشاكل، فضلاً عن حالة السلبية العامة واللامبالاة التى أصبحت سمة عامة فى سلوك الممتنع الذى يتسم بالأنانية والانعزالية وعدم المشاركة الإيجابية ، وهذا له أثره الكبير فى تهديد مصالح وحقوق العباد، والاعتداء على الضروريات الخمس المعتبرة من كل الملل السابقة على ملة الإسلام، وهى: حفظ، الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال(2) . وأبرز مثال لذلك هو حادث غرق العبارة السلام ٩٨ فى فبراير سنة ٢٠٠٦، كما سنتناوله فى بحثنا هذا.

ومما زاد من قناعتى فى ضرورة التعرض لهذا البحث أن هذا الامتناع والسلوك السلبى قد يحدث نتيجة تتصادم مع جوهر النظام العام فى المجتمع! .

ولعل هذا ما حدث من الدعوة إلى الإضراب العام فى السادس من أبريل سنة ٢٠٠٨، وما صاحبه من توقف عام فى جميع مصالح الدولة التى أصيبت بالشلل شبه التام ، فضلاً عن أحداث الشغب والاضطرابات التى حدثت بإحدى القلاع المصرية فى مجال الغزل والنسيج ، وما ترتب عليه من أضرار اقتصادية بالغة الخطورة وتهديد للأمن العام والنظام العام للدولة .

---

(١) سورة البقرة ، الآية ٣٤ .

(٢) المستصفى لأبى حامد الغزالى ، ط١ ، ص ٢٨٧-٢٨٨ .

وكذلك الإضراب الجماعى الذى دعى إليه قرار الجمعية العمومية للنقابة العامة للصيادلة بتاريخ السادس عشر من فبراير ٢٠٠٩ وما صاحبه من اعتصام بمقر النقابات الفرعية والنقابة العامة وما كان يؤدى إليه هذا الإضراب العام من تعريض حياة المريض للخطر لولا الدور الإيجابى لنقابة الصيادلة، والتى قررت فتح عدد من الصيدليات فى كافة الأحياء لتغطية احتياجات المرض العاجلة، وكذلك قرار وزير الصحة بفتح منافذ بيع الأدوية للمرضى من خلال صيدليات التأمين الصحى وصيدليات المستشفيات العامة والمركزية.

وما الإضراب إلا نوع من الامتناع المنظم الجماعى ، ومن ثم تعرضنا له فى بحثنا مع مقارنته بموقف الشريعة من الإضراب .

٣- هدف البحث :

وحيث أن مفهوم الشرعية وحماية الحقوق والحريات وحفظ النظام العام هى حجر الزاوية لأى مشرع ، فينبغى عليه عند صياغته التشريعية أن يسعى للمساواة بين عنصرى السلوك الواحد (الإيجابى والسلبى) ما داما قد أحدثا نتائج ضارة ، وعدم التفريق بينهما ، بشرط أن يكون السلوك إخلالاً بنهى أو مخالفاً لأمر قانونى ، مما يجعل للسلوك السلبى قوة سببية دافعة لأحداث نتائج ضارة .

كل ما سبق نتج عنه خلل تشريعى عند التعرض لجرائم الامتناع ، لأنه وجّه اهتمام المشرع الوضعى نحو تجريم الأفعال الإيجابية التى تحدث نتائج ضارة ، فوضع لها نصوصاً تجريمية ، وذلك على حساب الأفعال السلبية التى تحدث نتائج ضارة ، بل فى بعض الأحيان قد تكون هذه الأفعال السلبية أشد خطورة من الأفعال الإيجابية . وقد أدى ذلك إلى اعتراف القاضى بجرائم الامتناع ذات النتيجة الغير عمدية وعدم اعترافه بجرائم الامتناع ذات النتيجة العمدية. وفى ذلك إهدار للعدالة لفرار الجناة من العقاب لعدم انطباق النصوص التجريمية على أفعالهم .

٤- منهج البحث :

وكان من الطبيعى والبديهى اللجوء إلى الشريعة الإسلامية نبراس الحق لمعالجة ذلك النقص والخلل التشريعى ، وعقيدتى أن الشريعة التى جاءت من عند أحكم الحاكمين هى صالحة لكل زمان ومكان ، وهذا ليس كلاماً يُكتب بل فعلاً يُثبت. ولأن العقل يُصيب ويخطئ ، والوحى يصيب ولا يخطئ فلا بد من الامتثال التام لأوامر الله تعالى .

يقول تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾(1).

ويقول تعالى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا ﴾(2) .

ثم يقول المولى عز وجل : ﴿فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾(3) .

وهكذا تحرص الشريعة على إعمار القلوب بالخشية من الله تعالى ثم تأتى بالنصوص التجريمية ، وذلك بالحث على تقوى الله فى كل أمر، سواء بالجهر أو بالعلن، مما يؤدى إلى تهذيب النفوس وإبعادها عن الرذائل والامتناع عن ارتكاب المحرمات، فأوجبت تهذيب المخبر والمظهر لخير أمة أخرجت للناس بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وذلك بعد الإيمان بالله ربا وبالقرآن شرعاً وحكماً وبالرسول ﷺ قدوة ومنهاجاً ، كما أوجبت التعاون على البر والتقوى ﴿وَتَعَاوَنُوا

(١) سورة النساء ، الآية ٥٩.
(٢) سورة الأحزاب ، الآية ٣٦ .
(٣) سورة النساء ، الآية ٦٥.

عَلَى البِرِّ وَالتَّقوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللهَ إِنَّ اللهَ شَدِيدُ العِقَابِ﴾[1] .

وإن فقهاء الشريعة الإسلامية خلفوا وراءهم ثروة فقهية عظيمة الأثر ، إثر مشاكل عالجوها ووضعوا لها قواعد تتفق مع روح الشريعة ولا تحيد عنها، ومن ثم كان منهاجي في البحث -عند التعرض لكل فكرة أو مشكلة- أن أتعرض لمثيلاتها في الشريعة، حتى تكون المقارنة في محلها والنتائج مثمرة ومقنعة .

٥- خطة البحث :

قسمت الرسالة إلى فصل تمهيدى ثم ثلاثة أبواب ، جعلت الفصل التمهيدى لمفهوم الامتناع فى الفقه القانونى والشريعة الإسلامية ، وخصصت الباب الأول (لأركان جريمة الامتناع، ثم خصصت الباب الثانى لإشكاليات جرائم الامتناع ، وخصصت الباب الثالث لدراسة تطبيقات جرائم الامتناع .

والباب الأول من هذه الرسالة قُسّم إلى ثلاثة فصول ، الفصل الأول بعنوان الواجب كركن مفترض فى جريمة الامتناع ، وعالجت فى هذا الفصل الواجب فى القانون في مبحث أول ، ثم الواجب فى الشريعة الإسلامية في مبحث ثان، ثم الفصل الثانى بعنوان الركن المادي في جرائم الامتناع وعالجت في هذا الفصل الإحجام عن الفعل في مبحث أول ، والنتيجة الإجرامية في مبحث ثان، وعلاقة السببية في جرائم الامتناع في مبحث ثالث أوليت له قدر من التفصيل لأهمية علاقة السببية بالنظر لكونها من أهم المشكلات التي تواجه جرائم الامتناع عند التطبيق.

والباب الثانى من هذه الرسالة قُسّم إلى ثمانى فصول : الفصل الأول بعنوان الامتناع ومبدأ الشرعية وتناولت فيه الامتناع ومبدأ الشرعية فى القانون الوضعى كمبحث أول، ثم الامتناع ومبدأ الشرعية فى الشريعة الإسلامية كمبحث ثان. والفصل الثانى بعنوان التفسير والامتناع، وتناولت فيه الامتناع وتفسير القاعدة القانونية كمبحث أول، ثم الامتناع وتفسير النصوص الشرعية كمبحث ثان. الفصل الثالث بعنوان الامتناع والمساهمة الجنائية، وتناولت فيه المساهمة الجنائية وجرائم الامتناع فى القانون الوضعى كمبحث أول، ثم المساهمة الجنائية فى الشريعة وعلاقتها بجرائم الامتناع كمبحث ثان. الفصل الرابع بعنوان الشروع وجرائم الامتناع، وتناولت فيه الشروع وجرائم الامتناع فى القانون الوضعى كمبحث أول، ثم الشروع فى الجريمة فى الشريعة الإسلامية وعلاقته بجرائم الامتناع كمبحث ثان. الفصل الخامس بعنوان الدفاع الشرعى وجرائم الامتناع وتناولت فيه الدفاع الشرعى وجرائم الامتناع فى القانون الوضعى كمبحث أول، ثم الدفاع الشرعى وجرائم الامتناع فى الشريعة الإسلامية كمبحث ثان. الفصل السادس بعنوان الامتناع ومشكلة تعدد الجرائم، وتناولت فيه الامتناع وتعدد الجرائم فى القانون الوضعى كمبحث أول، ثم الامتناع وتعدد الجرائم فى الشريعة الإسلامية كمبحث ثان، وأخيراً التعدد المادى والمعنوى لجرائم الامتناع كمبحث أخير لهذا الفصل. الفصل السابع بعنوان الامتناع والجريمة متعدية القصد، وتناولت فيه الجريمة متعدية القصد فى القانون الوضعى كمبحث أول، ثم القصد المتعدى فى الشريعة الإسلامية وعلاقته بجرائم الامتناع كمبحث ثان، وأخيراً مدى إمكانية وقوع الجريمة المتعدية القصد بالامتناع كمبحث ثالث فى هذا الفصل. الفصل الثامن بعنوان الامتناع ومشكلة الإضراب، وتناولت فيه مشكلة الإضراب فى القانون الوضعى كمبحث أول، ثم الشريعة الإسلامية ومشكلة الإضراب كمبحث ثان .

أما الباب الثالث فقد قسمته إلى فصلين أيضاً، تناولت فى الفصل الأول التطبيقات التشريعية لجرائم الامتناع فى القانون الوضعى المصرى، وعالجت فى هذا الفصل جرائم الامتناع فى قانون العقوبات المصرى كمبحث أول، ثم تناولت جرائم الامتناع فى التشريعات الجنائية الخاصة والمكملة كمبحث ثان، أما الفصل الثانى من هذا الباب فقد خصصته لدراسة تطبيقات الشريعة الإسلامية فى جرائم الامتناع، وعالجت فى هذا الفصل جرائم الامتناع فى الاعتداء على النفس كمبحث أول، ثم تناولت جرائم الاعتداء على المال كمبحث ثان، وأخيراً تناولت جرائم الامتناع الأخرى كمبحث أخير من هذا الفصل.

---

(١) سورة المائدة ، الآية ٢.

فصل تمهيدى
التعريف بالامتناع وطبيعته وأقسامه

تمهيد

لم يُعْنَ القانون المصرى – شأنه شأن الكثير من التشريعات الوضعية -بتعريف الجريمة ، وإنما اقتصر المشرع على بيان أنواع الجرائم والعقوبات المقررة لكل منها . وللجريمة وجهتان : الأولى خطيئة يترتب عليها إخلال بنظام المجتمع ، والثانية أمر يرتب القانون على مخالفته عقوبة . فالجريمة إنما هى سلوك يجرم القانون إتيانه ، أو سلوك يجرم القانون القعود عن إتيانه.

فالجريمة يمكن أن تتحقق إما بسلوك إيجابى، وذلك عندما ينهى القانون عن ارتكاب سلوك فيأتيه الشخص، وإما أن تتحقق بسلوك سلبى، وذلك عندما يوجب القانون إتيان سلوك معين فيقعد الشخص عن إتيانه.

والسلوك السلبى يطلق عليه الامتناع أو الترك، وهو ما يمكن تعريفه بأنه : إحجام الشخص إراديا عن اتخاذ سلوك إيجابى معين كان يتعين عليه اتخاذه، أى أنه إمساك إرادى عن الحركة العضوية فى الوقت الذى كان يجب إتيانها فيه[1].

وقد عرف البعض السلوك السلبى بأنه : القعود عن إتيان سلوك معين كان يتطلبه القانون فى واقعة الجانى، وذلك باتخاذ سلوك مغاير له أو بوقوف كلى عن السلوك[2] .

التعريف بجرائم الامتناع :

تفترض جرائم الامتناع (أو الجرائم السلبية) أن سلوك المتهم اتخذ صورة سلبية، أى صورة إحجامه - فى ظروف معينة - عن إتيان فعل إيجابى يفرضه عليه الشارع فى هذه الظروف، وتقابل جرائم الامتناع بذلك جرائم الارتكاب (أو الجرائم الإيجابية)، وهى التى تفترض أن سلوك المتهم اتخذ صورة إيجابية، أى صورة إتيانه نشاطاً اتسم بالحركة الديناميكية.

التمييز بين الجرائم الإيجابية والجرائم السلبية :

الفعل – فى معنى السلوك الإنسانى، أو التصرف الإنسانى إزاء ظروف معينة- قد يكون إيجابياً ، متمثلاً فى حركة عضوية إرادية، وقد يكون سلبياً، متمثلاً فى محض امتناع . وإذا كان "الفعل" - فى هذا المدلول الواسع-عنصراً من عناصر الركن المادى للجريمة، فمؤدى ذلك بالضرورة أن بعض الجرائم يقوم ركنها المادة بفعل إيجابى، أى "ارتكاب"، وبعضها يقوم ركنها المادى بفعل سلبى، أى " الامتناع".

وعلى أساس من هذا الاختلاف فى صورة أحد عناصر الركن المادى للجريمة تُقسم الجرائم إلى قسمين : الجرائم الإيجابية، ويطلق عليها كذلك تعبير "جرائم الارتكاب"[3]، والجرائم السلبية، ويطلق عليها تعبير " جرائم الامتناع"[4] .

التمييز بين الجرائم السلبية البسيطة والجرائم السلبية ذات النتيجة :

الجرائم السلبية -أى جرائم الامتناع- هى بدورها قسمان: " جرائم امتناع بسيطة" ، " وجرائم امتناع ذات نتيجة"

---

(1) د. فتوح الشاذلى: شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، طبعة ١٩٩٨ ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ص ٣٧.
(2) د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائى ، طبعة ١٩٩٥ ، منشأة المعارف ، ص ٤٥٩.
(3) Délits de commission .
(4) Délits d'omission .

أو جرائم "ارتكاب عن طريق الامتناع"[1] . ومعيار التفرقة بين هذين النوعين هو وجود النتيجة الإجرامية بين عناصر الركن المادى للجريمة أو انتفاؤها .

فالجرائم السلبية البسيطة يقوم ركنها المادى بامتناع مجرد لا تعقبه نتيجة إجرامية ، أى أن نص التجريم يقتصر على الإشارة إلى الامتناع ، فيقرر من أجله العقوبة ، وتعتبر الجريمة تامة به ، ولا يشير إلى نتيجة إجرامية ما ، ومثال ذلك جريمة امتناع القاضى عن الحكم فى الدعوى (المادة ١٢١ من قانون العقوبات) ، وجريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق فى حضانته (المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات) ، وجريمة الامتناع عن دفع النفقة الواجبة (المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات).

أما الجرائم السلبية ذات النتيجة ، فتفرض ركنها المادى امتناعاً أعقبته نتيجة إجرامية ، ويعنى ذلك أن الركن المادى لهذه الجرائم يتطلب النتيجة الإجرامية من بين عناصره . مثال ذلك امتناع الأم عن إرضاع طفلها أو عن ربط حبله السرى إذا أدى ذلك إلى وفاته ، وامتناع قائد الأعمى عن تنبيهه إلى خطر مما أفضى إلى إصابته بجروح، وامتناع عامل الإشارات فى السكة الحديد عن إعطاء إشارة تحذير إلى قطار مما أدى إلى حدوث تصادم . وبتحليل الركن المادى لهذه الجرائم يتضح قيامه على عنصر سلبى هو الامتناع ، وافتراضه بعد ذلك عنصراً إيجابياً ، هو النتيجة الإجرامية ، باعتبارها - من الناحية المادية- تغيراً فى الأوضاع الخارجية[2] : فالوفاة إذا أعقبت امتناع الأم عن الإرضاع لا تختلف فى مادياتها عن الوفاة إذا أعقبت خنق الطفل أو ضربه بآلة حادة .

ويرى البعض أن الامتناع حقيقة طبيعية لا حقيقة قانونية ، لكونه عدم حركة أو سكون أو لا فعل ، أو هو سلوك إرادى ، ولكن الإرادة لا تدفع الحركة إلى العالم الخارجى، بل تنحصر وظيفتها فى أن تمسك بهذه الحركة فى **الوقت الذى يوجب فيه القانون أن يتحرك**[3].

وقد حاول البعض التوفيق بين المعنيين الطبيعى والقانونى للامتناع بأن عرف الامتناع بأنه التخلى عن أداء عمل واجب قانوناً ، وهذا التعريف ينطوى على عنصرين : أحدهما طبيعى واقعى يتصل بالجانى ، والآخر شرعى يتصل بالقانون ، والأول يمثل جوهر السلوك ، أما الثانى فيمثل محله ، ولذلك فإن نظرية الامتناع ذات شقين ، فهى ليست ذات حقيقة طبيعية خالصة ، ولا هى ذات حقيقة شرعية خالصة ، ولكنها ذات حقيقة طبيعية شرعية فى آن واحد[4].

ومن هنا ، وفى سبيل تحديد مفهوم الامتناع ، فإننا سوف نتناول هذا التحديد من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول : مفهوم الامتناع فى الفقه المقارن .

المبحث الثانى : مفهوم الامتناع فى الشريعة الإسلامية .

---

(1) Délits de commission par omission .

(2) يتضح بذلك أن تعبير "جرائم الارتكاب عن طريق الامتناع" معيب ، إذ يوحى بأن ثمة ارتكاباً ، أى فعلاً إيجابياً فى هذه الجرائم ، والحقيقة غير ذلك ، ثم هو كذلك متناقض ، إذ يفهم منه اجتماع الارتكاب والامتناع فى الجريمة الواحدة. ولذلك كان من الأفضل -فى تقديرنا- استعمال تعبير "الجرائم السلبية ذات النتيجة" ، أو تعبير "جرائم الامتناع ذات النتيجة".

(3) د. جلال ثروت: جرائم الاعتداء على الأشخاص (القسم الخاص) طبعة بيروت سنة ١٩٦٩ ، ص ٥٩-٦٠

(4) د. عوض محمد: قانون العقوبات، القسم العام في قانون العقوبات، طبعة ١٩٩١، ص ٥٩.

المبحث الأول
مفهوم الامتناع فى الفقه المقارن

المطلب الأول
المفهوم الطبيعى للامتناع

يرى أنصار المفهوم الطبيعى أن الامتناع - شأنه شأن الفعل الإيجابى - سلوك إرادى يتمثل فى الإمساك عن حركة عضلية، يعتد بها القانون، ويرتب على تخلفها آثاراً قانونية، وبهذا يتضح أن الفعل والامتناع كليهما سلوك يستند إلى إرادة طبيعية فى الإنسان، تنحصر وظيفتها فى ربط الحركة بإنسان معين ، فتحقق بذلك (تبعية) هذا السلوك لإنسان معين[1].

فالإرادة فى الفعل إرادة واقعة، وفى الامتناع إرادة مانعة، وفى المفهوم الطبيعى للامتناع ثلاث نظريات نوجزها فيما يلى :

١- نظرية الميل الداخلى :

قوامها أن الامتناع هو التصميم على المنع لأى حركة جسمانية[2] وهى تجعل من الامتناع ظاهرة نفسية داخلية فى الإنسان وليس سلوكاً موضوعياً يمكن إدراكه بالحواس[3].

ويقول بيلنج أن الامتناع ما هو إلا كبت لأعصاب الحركة ، فالإرادة تسيطر على الأعصاب كما فى الحركة الإيجابية للجسم ، ففى عملية الكبت هذه حركة وإن كانت غير ملموسة[4] .

نقد هذه النظرية :

خالفت هذه النظرية المبدأ القائل بأن الاتجاه النفسى بمفرده لا يمكن أن يكون نشاطاً معاقباً عليه ، كما اهتمت هذه النظرية بالجانب العصبى (الكبت) بينما الذى يعنينا فى مجال التجريم هو المظهر الخارجى من نشاط الإنسان وأثره ،بالإضافة إلى الغموض الذى شاب هذه النظرية على نحو لا يمكن معه فهم مفهوم الامتناع.

فضلاً عن ذلك ، فإنه ليس من الممكن فى كل حالات الامتناع أن تقابل حركات جسمانية والتى تقابل عملية المنع أو الكبت من جانب المرء ، ولكن فقط يمكن أن نقابل هذه العلامات الخارجية فى حالات الامتناع الراجع إلى اضطراب نفسى ، بينما فى الحالات الأخرى لا نقابل هذه العلامات الظاهرية ، وخاصة فى حالات الامتناع غير العمدى أو الراجع إلى سهو أو نسيان .

٢- نظرية الفعل البديل :

جوهر هذه النظرية يتمثل فى فكرة أن كل أمر فى ذات الوقت ينطوى على نهى ، والأمر بالفعل يساوى النهى عن كل فعل يغاير الفعل المأمور به ، وبمعنى آخر فإن الامتناع كسلوك ليس عدماً ، لأن الممتنع لا يظل سلبياً جامداً ، ولكنه يفعل شيئاً آخر وهو إذا لم يؤد ما كان يلزمه فعله فإنه بالضرورة يفعل غيره ، وهذا الفعل يندمج فى الامتناع ويتحد به ،

---

(1) د. جلال ثروت: نظم القسم الخاص في قانون العقوبات ، مطابع السعدنى طبعة ٢٠٠٦ ، ص ٧٧ .

(2) "L" omissione si risoolve nell' inbizione di un movimento corporeo".

انظر فى ذلك توليو وفانى : البحث السابق – ص ٦٧٦ والمراجع المشار إليها فى هامش (١) ، سانتور ، المراجع السابق ، ص ٣٢٣.

(3) د. إبراهيم عطا شعبان ، رسالة دكتوراه ، النظرية العامة للامتناع ، حقوق القاهرة ، مايو ١٩٨١ ، ص ٧٠ وهامش رقم ٢ ، ٣ .

(4) L' omission é rattenimento dei motori; la volonta qui domina I nervi come nei movimenti del corpo esss si appone al fenomeno dell' innervazione" .

راجع فى ذلك : د.مامون سلامة ، المرجع السابق، ص ٣٩ .

ويتمثل فيه مظهره الخارجي أو حقيقته المادية .

وينتهى أنصار نظرية الفعل البديل بأن الامتناع هو عدم فعل المطلوب وفعل غيره فى الوقت نفسه[1] .

نقد هذه النظرية :

انتُقدت هذه النظرية لكونها مشوبة بالغموض والإبهام ، فكثيراً ما يتعذر تحديد الفعل البديل ، خاصة فى حالة الفعل المطلوب أداؤه خلال أجل ، فضلاً عن أن القانون يعتد بالفعل الذى لم يقع فى جرائم الامتناع ، ويضاف إلى ذلك أيضاً أن هذه النظرية حصرت الامتناع فى الفعل البديل المغاير للواجب ، وهذا يتعارض مع القاعدة القانونية ، ويظهر ذلك بوضوح فيما يقرره أحد أنصار هذه النظرية من أن جوهر الامتناع يتكون فى الفعل المغاير للفعل الذى كان يجب على الشخص أن يأتى به ، ما دام أن الامتناع ليس مجرد عدم فعل شيء ولكنه عدم فعل المأمور به[2].

٣- نظرية اللافعل أو عدم الفعل :

وتعتد هذه النظرية بعدم الحركة أو السكون ، فالامتناع هو مجرد سكون أو عدم حركة .

وهذه النظرية منتقدة لأنها تهتم بالسلوك الذى لا يهتم به القانون ، فالقانون يهتم بحالة السكون أو عدم الحركة المخالفة لقاعدة آمرة ، وتعجز هذه النظرية عن إقامة علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة المترتبة عليه ، فكيف يُنسب إلى السكون تسببه فى أمر ما من وجهة النظر الطبيعية ؟

والمفهوم الطبيعى للامتناع ينادى به أستاذنا الدكتور جلال ثروت، فيقول : أن السلوك هو حركة أو سكنة تدفعها الإرادة أو تمسك بها ، ومن ثم فالسلوك يأخذ صورة نشاط إيجابى هو الفعل أو نشاط سلبى مثل الامتناع.

فإذا كان القانون ينهى عن القتل أو الإيذاء فإنما ينهى عنه كنتيجة ، وذلك لأن القانون حريص ألا تقع هذه النتيجة ، بغض النظر عن صورة السلوك الذى تقع به، سواءً عن طريق سلوك إيجابى أو سلوك سلبى ، لأن القانون لا يقول لا تقتل بواسطة الفعل وإنما يقول لا تقتل بأى سبب من الأسباب[3].

ويضيف أن مشكلة الامتناع لا تثور إلا بصدد الجرائم ذات النتيجة ، ولا تثور بصدد السلوك البحت . فهذه الجرائم لا ترتب مسئولية جزائية ما لم تطابق النموذج القانونى للجريمة ، ما داما لم يكن التزام على الممتنع بعدم ارتكاب السلوك ، أى بالامتناع عن أداء الواجب القانونى المفروض عليه ، ويرى أن الواجب القانونى أو الالتزام من طبيعة الجرائم ذات السلوك البحت .

كما يرى أن الامتناع سلوك طبيعى شأن الفعل سواء بسواء ، كل ما هنالك أن الإرادة لا تدفع بالحركة إلى العالم الخارجى ، وإنما تمسك بها فى الوقت الذى يوجب فيه القانون على الشخص أن يتحرك أو يفعل ، أى أن الامتناع حقيقة طبيعية ، والقول بغير ذلك -أى اعتبارها حقيقة شرعية تتمثل فى مخالفة القاعدة القانونية- يفضى إلى نتيجة واحدة ، هى اعتبار جميع الجرائم سلبية [4].

وهو يرى أيضاً أن فكرة الواجب فكرة دخيلة على عناصر السلوك فى الجريمة ، وأن السبب فى اللجوء إليها هو الصعوبة فى تصوير قيام رابطة السببية بين الامتناع من ناحية الحدث ، ومن ناحية أخرى أكثر من هذا فهو يرى أنه ليس بالضرورة لكى يُعد الامتناع سبباً بالمعنى القانونى أن يكون على الممتنع ثمة التزام قانونى بالتدخل لمنع الحدث ، لأن هذا الالتزام واقع على الكافة بصدد كل جريمة ذات حدث. ويرى أيضاً أن المشرع - وهو يفرض الالتزام بالتدخل لمنع الحدث-

---

(1) د. عوض محمد: المرجع السابق، ص ٦١.

(2) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٧٣ والهامش ٤ ، ٥ .

(3) د. جلال ثروت: نظرية الجريمة المتعدية القصد ، طبعة ٢٠٠٥ ، ص ٦ وما بعدها .

(4) د. جلال ثروت: نظم القسم الخاص في قانون العقوبات، طبعة ٢٠٠٦ مطابع السعدنى ، ص ٥٧ وما بعدها .

إنما يفعل ذلك لتقريب فكرة الامتناع كسبب فى النتيجة ، ولتسهيل الإثبات من ناحية أخرى(1).

ومن جانبنا نرى :

أن فكرة الواجب القانونى هى عنصر فى الامتناع ذاته ، وأنه يمكن قيام علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة -كما سنرى عند البحث فى مجال السببية - وهذا يظهر من كون الامتناع له آثار قانونية بمخالفته لواجب قانونى ، ولا يكون له نفس الأثر إلا بتلك المخالفة . وليس صحيحاً أن فكرة الواجب قد استعيض بها عن رابطة السببية ، فهذا خلط بين فكرة الواجب وعلاقة السببية فى جرائم الامتناع، وذلك لأن الامتناع هو الإحجام عن أداء عمل معين كان يفرضه القانون فى ظروف معينة ، وبتحليل الامتناع سوف نجد أن الواجب القانونى عنصر فى ذات الامتناع نفسه، وينفصل عن رابطة السببية تماماً . فالامتناع بوصفه سلوكاً مجرماً أحدث نتيجة مجرمة لابد أن تنعقد بينهما علاقة سببية، طبقاً للقواعد القانونية العامة.

كما أن التوسع فى مفهوم الامتناع -على هذا الإطلاق بالمساواة التامة بين الفعل والامتناع- يوسع من دائرة الامتناع الجنائى، والمشرع الجنائى لا يأخذ بهذه النظرية الواسعة، وإنما يهتم بطائفة معينة من الامتناع الذى يهدد المصالح التى يجب حمايتها قانوناً.

المطلب الثانى
المفهوم القانونى للامتناع

يرى أنصار المفهوم القانونى للامتناع عدم صلاحية المفهوم الطبيعى فى تحديد مفهوم الامتناع ، ذلك لأنه رغم ما يمتاز به المفهوم الطبيعى للامتناع من بساطة ووضوح وسهولة فى التطبيق إلا أنه لا يمكن الاعتماد على هذا المفهوم، لأنه من **ناحية أولى** لم يأخذ فى الحسبان سلوك الشخص بعيداً عن السلوك الذى يهتم به القانون، فالامتناع الذى له أهمية فى نظر القانون هو عدم الحركة فى الفرض الذى تكون هناك قاعدة قانونية معينة توجب على الشخص إتيان فعل محدد ، وليس أبداً مجرد السكون، ومن **ناحية ثانية** فإنه إذا كانت ظاهرة ما سببها عدد من العوامل مجتمعة فإن أى عامل من هذه العوامل منفرداً لا يصلح وحده كسبب لهذه الظاهرة ، ولما كان الامتناع عند أنصار المفهوم الطبيعى "حالة سكون" فإنه لا يكون للامتناع وحده صلاحية سببية ، ويتعين للقول بوجود هذه الصلاحية وجود قاعدة قانونية يستمد منها الامتناع كيانه.

وترتيباً على ذلك فإن أنصار المفهوم القانونى للامتناع يقولون بأن الامتناع يفترض وجود قاعدة ما تلزم الشخص بإتيان سلوك معين ، فتأتى إرادة الجانى مخالفة لهذه القاعدة ، فالامتناع إذن ما هو إلا مخالفة لهذه القاعدة ، ويدور معها وجوداً وعدماً.

وقد عرفه أستاذنا الدكتور فتوح الشاذلى بأنه: "إحجام الشخص إرادياً عن اتخاذ سلوك إيجابى معين كان يتعين اتخاذه ، أى أنه إمساك إرادى عن الحركة العضوية فى الوقت الذى كان يجب إتيانها فيه"(2).

وفى هذا التعريف يقر سيادته للسلوك السلبى بإحداثه لنتائج إجرامية ، لأن هذا السلوك يتمثل فى الإمساك الإرادى عن حركة عضوية ، أى يتوافر له الصفة الإرادية كما فى السلوك الإيجابى ، فهو ليس عدماً ، وإنما إحجام عن تنفيذ التزام قانونى محمى جنائياً ، أى امتناع عن اتخاذ سلوك إيجابى فى وقت وفى ظروف كان يجب اتخاذه فيها . ودور الإرادة بالنسبة للسلوك السلبى هو إمساك أعضاء الجسم وعدم دفعها إلى الجريمة، بينما دورها فى السلوك الإيجابى كان دفع هذه الأعضاء إلى الحركة(3).

---

(1) د. جلال ثروت: المرجع السابق، ص ١١٥.
(2) د. فتوح الشاذلى: قانون العقوبات المصرى، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والمسئولية والجزاء الجنائى طبعة ٢٠٠٨، ص ٢٣٥ .
(3) د. فتوح الشاذلى: قانون العقوبات المصرى ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥.

وقد اختلف الفقهاء فى تحديد مفهوم الامتناع ، فيعرفه البعض بأنه "سلوك خارجى يتعارض مع ما كان يجب عمله ، ويتمثل فى تغيير الأوضاع المادية الخارجية ، وهو تعبير عن علاقة مع قاعدة قانونية تفرض التزاماً باتباع سلوك معين[1].

ويعرفه البعض الآخر بأنه "عدم إتيان فعل واجب قانوناً" [2].

ويعرفه آخرون بأنه " سلوك إرادى ، أو بالأحرى ثمرة قرار إرادى يتخذه الفاعل فى ضوء الموازنة بين الإقدام على العمل الواجب وبين الإحجام عنه ، فيؤثر هذا على ذلك[3] .

ويذهب رأى رابع إلى القول بأن الامتناع هو "إحجام شخص عن إتيان فعل إيجابى معين كان الشارع ينتظره منه فى ظروف معينة ، بشرط أن يوجد واجب قانونى يلزمه بهذا الفعل، وأن يكون فى استطاعة الممتنع عنه إتيانه"[4].

ويذهب رأى خامس إلى القول بأن الامتناع "هو القعود عن إتيان سلوك معين كان يتطلبه القانون فى واقعة الحال ، وذلك سواء باتخاذ سلوك مغاير له أو بوقوف كلى عن السلوك[5].

وأخيراً يذهب أستاذنا المرحوم الدكتور عبد الفتاح الصيفى فى تحليله لماهية السلوك السلبى[6] أن عنصرى السلوك السلبى هما أولاً: إحجام إرادى أى عدم . وثانياً: عدم تنفيذ التزام قانونى تحميه قاعدة جنائية .

أما عن الإحجام فيتمثل فى عدم الحركة ، أى الحيلولة بين عضلة الجسم الملائمة وبين تحريكها على نحو يتطلبه القانون ، كما فى جريمة عدم الإبلاغ عن جناية من الجنايات الماسة بأمن الدولة .

وأما عن الالتزام القانونى فجوهره "واجب قانونى" يلقيه القانون على عاتق المكلف ويستوى أن يكون مصدر هذا الواجب هو القانون المدنى أو الإدارى والمنظم للمهن ، ويصلح العرف لأن يكون مصدراً لهذا الواجب إذا ارتقى إلى مرتبة الإلزام القانونى ، فالسلوك صورتان : الامتناع والترك .

ويعرفه جمهور الفقهاء بأنه "إحجام شخص عن القيام بعمل معين يتطلبه منه القانون فى ظروف معينة"[7].

ومن جانبنا وفى ضوء التعريفات السابقة فنرى أن الامتناع هو "إحجام شخص معين إرادياً عن إتيان سلوك إيجابى معين متى كان ذلك بالمخالفة لواجب قانونى يفرض على الممتنع التزاماً بإتيان هذا السلوك .

ومن الواضح أنه رغم اختلاف الفقه فى تحديد مدلول قانونى للامتناع إلا أن هذا الاختلاف ليس بالاختلاف الجوهرى ، خاصة وأن مختلف التعريفات التى قيلت فى الامتناع مؤدية إلى معنى واحد ومحددة لحقيقته وماهيته .

ويرفض أنصار هذا المفهوم المساواة المطلقة بين الفعل والامتناع ، ويشترط هذا الرأى لاعتبار الامتناع قانونياً أن يكون مخالفاً لقاعدة آمرة ، بمعنى أن القانون يقرها ويأخذها بعين الاعتبار ، وبدون فكرة الواجب القانونى لا يمكن فهم الامتناع[8].

كما أنه يلزم لتكييف سلوك معين بأنه إيجابى أو سلبى أن نستبعد المفهوم الطبيعى للسلوك ، ونلجأ إلى ضوابط

---

(1) د. يسر أنور: شرح قانون العقوبات، طبعة ١٩٩٠ ، ص ٢١٠.
(2) د. مأمون سلامة: قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، ص ١٣٣.
(3) د. نبيل مدحت سالم: الخطأ غير العمدى ، دار النهضة العربية ١٩٨٤ ، ص ١٢.
(4) د: محمود نجيب حسنى: جرائم الامتناع والمسئولية الجنائية عن الامتناع ١٩٨٦ دار النهضة العربية ، ص ٥.
(5) د: رمسيس بنهام: النظرية العامة للقانون الجنائى، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف ١٩٧٦، بند ٥٦، ص ٣٢٨ وما بعدها .
(6) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفى: الأحكام العامة للنظام الجزائى ، مطابع جامعة الملك سعود ١٤١٦هـ سنة ١٩٩٥م ، ص ٣٦٢.
(7) راجع كل من د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الخامسة ١٩٦١ ، ص ١١٦ . ود. محمد كامل مرسى: شرح قانون العقوبات ، القسم العام الطبعة الثانية ١٩٢٣ ، ص ١٤ . د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، طبعة ١٩٥٢ ، ص ٣ . د. عبد الأحد جمال الدين ، دروس فى المبادئ الرئيسية للقانون الجنائى ، القسم العام ، دار الفكر العربى ١٩٧٥ ، ص ٢٥٠. د. محمود إبراهيم إسماعيل: شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، الطبعة الثانية ، مكتبة الأنجلومصرية ١٩٥٩ ، ص ١٩٤. د. أحمد فتحى سرور: فى الجرائم الضريبية والنقدية ١٩٦٠ ، ص ٣٥.
(8) د محمود نجيب حسنى: المرجع السابق، ص٥.

قانونية لإمكان القيام بذلك التكييف للسلوك الإنسانى[1].

الفرق بين المفهوم الطبيعى والقانونى للسلوك :

لتوضيح ذلك ينبغى أن نفرق بين المفهوم الطبيعى والقانونى للسلوك السلبى .

- فمن وجهة النظر الطبيعية البحتة يُكيف السلوك بأنه سلبى أو امتناع إذا أحجم الشخص عن التصرف أو فعل شىء له مظاهره المادية فى العالم الخارجى ، بينما يُكيف السلوك بأنه إيجابى -أو فعل بالمفهوم الضيق- حينما يحقق الشخص عملاً فى المحيط الخارجى .

ولو نظرنا للسلوك فى المفهوم القانونى نجد أنه يعتبر إيجابياً عندما يخالف نصاً قانونياً ينهى عن تحقيق فعل أو حدث ما ، ويكون سلبياً حينما يخالف نصاً قانونياً يأمر بإتيان فعل معين ، وبناءً على ذلك فإن الامتناع الذى له قيمة جنائية لا يشمل جميع حالات الامتناع ، بما مؤداه أنه ليس كل امتناع يمكن أن يدخل فى تكوين الركن المادى للجريمة ، ويقتصر فقط على أحوال محددة حددها المشرع بإتيان سلوك إيجابى معين . وعلى ذلك فإن الامتناع هو عدم إتيان فعل واجب قانوناً ، بينما الفعل عمل غير واجب ومنهى عنه.

فالامتناع ليس ظاهرة طبيعية ، ولكنه ظاهرة قانونية أو قاعدية، ويترتب على ذلك نتائج عدة يمكن إجمالها فيما يلى:

١- الامتناع فى لغة القانون لا يُعتد به ما لم يكن مخالفاً لواجب قانونى .
٢- الامتناع لم يعد شكلاً يدل عليه سكون أو عدم حركة ، ولم يعد فعلاً بدلياً أو فعلاً منتظراً ، ولكنه متصور فى أى صورة متى كانت مغايرة للالتزام بأداء معين فرضته قاعدة معينة [2].
٣- الامتناع ظاهرة قاعدية ولا يتواجد إلا فى علاقته بقاعدة معينة فهو عبارة عن تكييف لرابطة بين سلوك وقاعدة تفرض واجباً ، وتلك القاعدة يمكن أن تأخذ صوراً متعددة ، فقد تكون قاعدة قانونية أو أخلاقية أو اجتماعية أو دينية أو فنية[3] .
٤- إعطاء التكييف الصحيح للامتناع قانوناً من خلال قواعد آمرة ، تعطى للمشرع حرية التقدير فى تحديد المخاطبين بها وتحديد الحق أو المصلحة التى يراها جديرة بالحماية من حيث العموم أو الخصوص[4].

نقد المفهوم القانونى :

رغم أن المفهوم القانونى قد لاقى قبولاً من جانب الفقه إلا أن أنصار المفهوم الطبيعى قد انتقدوا ذلك المفهوم القانونى ، على أساس أنه يخلع على السلوك كل الأهمية ، ذلك لأن أنصار المفهوم القانونى يرون أن جوهر السلوك يتمثل فى مخالفة القانون ، مع أن السلوك يسبق القانون ، فجوهر السلوك ينبثق من إرادة الجانى لا من إرادة القانون[5] ، واعتبار الامتناع حقيقة شرعية يؤدى إلى اعتبار جميع الجرائم من قبيل الجرائم السلبية[6] هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فقد خلط أنصار المفهوم القانونى بين طبيعة الامتناع وفكرة عدم المشروعية المتمثلة فى الواجب الذى تفرضه القاعدة الآمرة [7].

---

(1) د. مأمون سلامة: المرجع السابق، ص ١٣٢، وما بعدها .
(2) د. شريف فوزى: جرائم السلوك السلبى فى الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه ١٩٧٦ ، كلية الشريعة والقانون الأزهر ، ص ٢٩.
(3) د. مأمون سلامة: المرجع السابق ، ص ١٣٤.
(4) د. رفعت الشاذلى: النظرية العامة للامتناع فى القانون الجنائى والشريعة جامعة المنصورة كلية الحقوق رسالة دكتوراه ، ص ٥ .
(5) د. جلال ثروت: المرجع السابق ، ص ٥٢.
(6) د. جلال ثروت: نظم القسم الخاص في قانون العقوبات، طبعة ١٩٧١ ، ص ٥٨.
(7) د. شريف فوزى: المرجع السابق، ص ٣٠.

الرد على هذا النقد :

إن النظرة القانونية لا تتعارض مع اعتبار السلوك الإجرامي سلوكاً إرادياً سابقاً على القانون ، بل إن عدم فهم طبيعة الامتناع -بسبب تعدد صوره- هو الذى أدى إلى هذا الخلط ، بل إن محض السكون الجثمانى يقوم فى نظر القانون مقام الحركة الجسمية فى تسبب تغير حدث فى العالم الخارجي ، متى كان على الساكن التزام بأن يعمل على منع هذا التغيير ومع ذلك أحجم[1].

- والقول باعتبار الامتناع حقيقة قانونية يؤدى إلى اعتبار جميع الجرائم سلبية ، وإلى الخلط بين فكرة الواجب القانونى وفكرة عدم المشروعية ، وهذا نتيجة طبيعية ومنطقية للفهم الخاطئ لطبيعة الامتناع .

ففكرة الواجب القانونى هى عنصر فى الامتناع ذاته ، أى فى الركن المادى لجريمة الامتناع ، ومنفصل تماماً عن فكرة عدم المشروعية .

ففكرة عدم المشروعية مصدرها قانون العقوبات وحده لأنه يتعلق بنص التجريم ، بينما الواجب القانونى متعدد المصادر ، فقد يكون مصدره قاعدة من قواعد قانون العقوبات ، أو أى قاعدة قانونية أخرى ، أو عقداً ، أو عملاً مادياً كالفعل الضار كما سنرى فيما بعد .

المطلب الثالث

المفهوم المختلط للامتناع

"طبيعى قانونى فى آن واحد"

ظهر فى الفقه اتجاه ثالث محاولاً التوفيق بين المفهوم الطبيعى للامتناع والقانونى بالقول بأن نظرية الامتناع ذات شقين فهى ليست طبيعية خالصة ولا هى شرعية خالصة ولكنها طبيعية شرعية فى آن واحد[2].

وهو يرى أن الامتناع هو التخلى عن أداء عمل واجب قانوناً فهو ينطوى على عنصرين أحدهما طبيعى واقعى يتصل بالجانى والآخر شرعى يتصل بالقانون فالأول يمثل جوهر السلوك والثانى كله.

<u>ارتباط الامتناع بفكرة التجريم :</u>

فالامتناع ليس مجرد سكون أو عدم ولكنه القعود عن أداء عمل إيجابى يحرص القانون على أدائه .. وهذا المفهوم يرتبط بفكرة التجريم ، فالمشرع يهدف إلى حماية طائفة من الحقوق والمصالح وفى سبيل ذلك يلزم الناس بالكف عن الأفعال التى تضر بهذه الحقوق والمصالح وقد يلزمهم القيام بأعمال لصيانتها .

وفى مجال التجريم يستوى لدى المشرع التخلى عن أداء العمل الواجب أو ارتكاب الفعل المحرم . ومن ثم فالقانون لا يجرم الامتناع بوصفه عدماً ولكن لكونه تقاعس عن أداء عمل لازم لحماية الحق .

وكما أن الامتناع بوصفه سلوكاً لا يتجرد من الإرادة شأنه فى ذلك شأن الفعل الإيجابى ويستفاد ذلك من نص المادة ٨٤ من قانون العقوبات التى تعاقب "كل من علم بارتكاب جريمة من الجرائم الماسة بأمن الدولة ولم يسارع بإبلاغ السلطات المختصة ". فالإرادية فى الامتناع لها معنى واسع تعنى مطلق الخضوع للإرادة .

-والامتناع يقتضى سبق الالتزام بعمل فلا يوصف مسلك إنسان بأنه امتناع إلا بالاستناد إلى قاعدة توجب عليه إتيان فعل أياً كانت طبيعة هذه القاعدة خلقية أو دينية أو قانونية ويترتب على ذلك أن الواجب فى حقيقة الأمر عنصر فى الامتناع ذاته لا يقوم بدونه ومن ثم فإن فالامتناع المؤثم فى قانون العقوبات هو ما كان منطوياً على إخلال بالتزام قانونى فإذا لم يكن ثمة

---

(1) د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائى ، طبعة ١٩٩٥ ، منشأة المعارف ، ص ٤٦٩.
(2) د. عوض محمد: قانون العقوبات ، القسم العام، طبعة ٢٠٠٠، ص ٥٩-٦١.

الالتزام فلا جريمة ولا عقاب .

وقد يوصف مسلك هذا الشخص بأنه امتناع من وجهة نظر الدين أو الأخلاق ولكنه لا يعد امتناعاً قانونياً يؤثم عليه ويترتب على ذلك أن من يشاهد غريقاً فلا ينقذه لا يعد قاتلاً حتى لو كان راغباً – كغريمه مثلاً – فى موته غرقاً.

أما إذا كان على الممتنع واجب قانونى يفرض عليه المحافظة على حياة غيره وسلامته فالأمر يختلف بصرف النظر عما إذا كان هذا الواجب عاماً أو خاصاً. كالتزام رجل المطافئ بإنقاذ من حاصرتهم النيران وكان فى استطاعته ذلك . والتزام السجان والمربية والممرضة والمعلم كل بالنسبة لمن عهد إليه قانوناً أو اتفاقاً بالإشراف عليه . ولا عبرة بمصدر الالتزام ، فقد يكون مصدره القانون المدنى أو الإدارى .... الخ .

كما لا ينبغى الخلط بين مصدر الالتزام ومصدر التجريم فالأول ينشئ التزاماً بأداء عمل ويترتب على الإخلال به جزاء يختلف باختلاف مصدر الالتزام والثانى ينهى عن الإخلال بالالتزام ويعاقب على مخالفة النهى بعقوبة جنائية ومن ثم يكون للامتناع معنى طبيعى وشرعى فى آن واحد .

رأينا في طبيعة مفهوم الامتناع :

هذا الرأى نؤيده، فقد جمع خصائص المفهومين معاً، فهو سلوك طبيعى شأن الفعل، وإرادة الممتنع توجهت إلى السكون بقصد إحداث نتيجة ضارة تحت إطار القوانين . وهذا الامتناع يناقض ويخالف الالتزام المفروض على الممتنع، سواء بالامتناع عن أداء واجب مفروض عليه، أو التزاماً بالعمل على عدم تحقيق نتائج ضارة .

كما أن هذا المفهوم تجاوز النقد الموجه لكل منهما، فليس الامتناع عدماً، ولا الواجب القانونى دخيل على الامتناع، بل هو عنصر فى الامتناع ذاته . فضلاً عن أن هذا المفهوم سوف يؤدى إلى توسيع مصادر الواجب القانونى، ومن ثم يساعد على تقنين نظرية الامتناع، ويزيل مشاكل الامتناع التى تثور عند البحث فى إثبات علاقة السببية بين النتائج الضارة المترتبة على الامتناع - إذا ما أخذنا فى الاعتبار المجرى المعتاد للأمور - وأيضاً المشكلات التى تثور فى جرائم الامتناع ذات النتيجة العمدية بصفة خاصة .

ومما يؤيد وجهة نظرنا ما يلى :

أولاً : أن المشرع فى القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ فى المادة ٩٩ مكرر فى فقرتها الأخيرة[1]. قد اعترف بنص صريح بالمساواة بين الفعل الإيجابى والسلبى فى تهديد حياة الطفل أو سلامته البدنية أو المعنوية بشكل لا يمكن تلافيه بمرور الوقت ، وهذا لا يتأتى إلا بالاعتراف بالمفهوم الطبيعى والقانونى للامتناع فى آن واحد . ويستفاد ذلك من مرونة النص وشموله الفعل الإيجابى والسلبى لكل أنواع التهديد البدنى أو المعنوى الذى يهدد حياة الطفل فى إحداث خطر محدق بشكل لا يمكن تلافيه بمرور الوقت.

وهذه المرونة والصياغة التشريعية هى التى نطالب بها. فكما حرص المشرع على حياة الطفل بهذا النص نطالب بنقل هذا النص إلى حياة البالغ، ولا فرق بينهما، فتهديد الحياة واحد سواء للطفل أو للبالغ، ولا فرق بينهما، فالسلامة واحدة ولا تتجزأ، كما لا تتجزأ الحياة.

وقد اهتم المشرع فى هذا النص بتجريم النتائج على حساب الأفعال وليس العكس فيما سبق من نصوص تشريعية، وهذا ما نطالب به أيضاً باستخدام عبارات مرنة تتسع لكل الأفعال الإيجابية والسلبية، وما يستحدث منهما فى الآجل لتهديد الحياة أو التعرض للسلامة البدنية أو المعنوية .

فعلى سبيل المثال لا يوجد نص يجرم امتناع الأم عن إرضاع طفلها، ولكى يتحقق الموت للرضيع لابد من امتناع الأم ، ومن ثم فالامتناع هنا يخالف قاعدة آمرة تجرم القتل كنتيجة .

---

(1) تنص المادة ٩٩ مكرراً (٣) على أنه: "ويعتبر خطر محدقاً كل عمل إيجابى أو سلبى يهدد حياة الطفل أو سلامته البدنية أو المعنوية على نحو لا يمكن تلافيه بمرور الوقت" .

ثانياً: أن الحكم الذى أصدره القضاء الإدارى فى حكم العائدين للمسيحية[1] شمل المفهوم الطبيعى والقانونى للامتناع فى آن واحد . فالمفهوم الطبيعى شمل حرية العقيدة فى اعتناق وممارسة أى شعيرة من شعائر الديانات السماوية الثلاث. ومن ثم إلزام جهة الإدارة بإثبات ذلك فى خانة الديانة، ولا يجوز لجهة الإدارة الامتناع عن إثبات تعديل الديانة . والمفهوم القانونى شمل عبارة المحكمة أن امتناع قيد بيان الديانة فى تحقيق الشخصية ينشئ تصادماً مع النظام العام.

ثالثاً: ومما يؤكد وجهة نظرنا أيضاً أن الإضراب -كما سنرى- هو استخدام لحق كفله القانون للعمال بالامتناع عن أداء عمل بقصد الضغط على صاحب العمل للاستجابة لمطالبهم، فهو قد أقر بالامتناع كسلوك طبيعى ، ولكن إذا ما خرج هذا السلوك الطبيعى عن إطار الضوابط المحددة له ، فإنه يخرج من صفة الشرعية إلى اللاشرعية، أى من المباح إلى التأثيم . مع أن ذات السلوك واحد، وهو امتناع عن أداء عمل ، ولكنه تصادم مع النظام العام وخالف نصاً قانونياً فأصبح مجرماً، بعكس الأول الذى كان فى إطاره القانونى فلا يجرم. وهذه إحدى مشكلات الامتناع القانونية وسوف نتعرض لها فى حينه .

المبحث الثانى
مفهوم الامتناع فى الشريعة الإسلامية

تمهيد :

لا غرو أن الشريعة الإسلامية هى من صنع المولى عز وجل، تتجلى فيها قدرة الخالق من كماله وعظمته وإحاطته بما كان وما هو كائن .. فصاغها عالم الغيب والشهادة العليم الحكيم الخبير، الذى أحاط بكل شيء علماً وبيده ملكوت كل شيء، حيث قال فى محكم آياته ﴿لاَ تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللهِ﴾[2] ... فهى أعدل الشرائع وأحكمها ، وأقواها أركاناً وأرسخها دعائم ، وأبقاها على تناسخ القرون والأحقاب . وهى يسر ورحمة ونعمة، أساسها رعاية المصالح ودرء المفاسد، وغايتها إسعاد البشر فى معاشهم ومعادهم، ومن ثم فإن تلك الشريعة الإسلامية ثابتة لا تتغير ولا تتبدل بتغير الأوطان والأزمان وتطور الإنسان[3] .

والشريعة الإسلامية تمتاز على القوانين الوضعية بثلاث ميزات جوهرية كما جمعها المرحوم الأستاذ عبد القادر عوده[4] ، وهى الكمال والسمو والدوام :

١- **فمن حيث الكمال :** استكملت كل ما تحتاجه من القواعد والمبادئ والنظريات التى تكفل سد حاجات الجماعة فى

---

(1) فى ٢٠٠٨/١/١٢ أودعت المحكمة الإدارية العليا حيثيات حكمها فى قضية "العائدين للمسيحية " والصادر بإلغاء حكم محكمة القضاء الإدارى وإلزام وزارة الداخلية ومصلحة الأحوال المدنية باستخراج بطاقات شخصية للمسيحيين ، الذين اسلموا ثم عادوا للمسيحية مرة أخرى ، مدون بخانة الديانة فيها " مسيحى" والإشارة فى هذه البطاقة إلى سبق اعتناق صاحبها الديانة الإسلامية .

وأكدت المحكمة فى حيثيات حكمها أنه وفقاً لأهمية البيانات الشخصية التى تثبت فى البطاقة الشخصية للمواطن من قبل مصلحة الأحوال المدنية ومنها البيانات المتعلقة بالجنسية والديانة والزواج والطلاق ، فإن المشرع ألزم جهة الإدارة بإثبات أى تعديلات تطرأ على تلك البيانات ما دام البيان المشار إليه صادراً من الجهات المختصة ، وقد جاءت لفظة الديانة مطلقة دون تحديد ديانة معينة ، مما مؤداه أنه يعنى أى تعديل فى أى ديانة من الديانات السماوية الثلاث ، الأمر الذى يلزم مصلحة الأحوال المدنية بأن تثبت صحة هذا البيان فى تحقيق الشخصية ، دون أن يعد ذلك تسليماً منها أو إقراراً بسلامة البيان .

وأضافت المحكمة أنه لا يجوز لجهة الإدارة الامتناع عن إثبات تعديل الديانة -ما دام أصدرت شهادة بذلك من الجهات الدينية المختصة- تقول بمخالفة ذلك للنظام العام ، لأن القيد فى هذه الحالة لا ينشئ مركزاً قانونياً ، لأن هذا المركز أنشئ بالفعل بمجرد قبول الشخص ابنا من أبناء تلك الديانة ، ويكون القيد هو إقرار غير مذكور .

وأشارت المحكمة إلى أن امتناع قيد الديانة فى تحقيق الشخصية ينشئ تصادماً مع النظام العام ، إذ يترتب على ذلك أن يتعامل الشخص مع المجتمع على خلاف الدين الذى يعتنقه ويحرص على أداء شعائره مما قد يؤدى إلى تعقيدات اجتماعية ومحظورات شرعية مقطوع بها ، مثل زواج هذا الشخص المرتد من مسلمة ، وهو ما تحرمه الشريعة الإسلامية تحريماً قاطعاً.

(2) سورة يونس ، الآية ٦٤.

(3) أ. عبد القادر عوده: التشريع الجنائى الإسلامى ، الجزء الأول سنة ١٩٨٥ ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت لبنان ، ص ١٨.

(4) أ. عبد القادر عوده: المرجع السابق ، ص ٢٤.

الحاضر والمستقبل .

٢- **ومن حيث السمو :** كانت قواعدها ومبادئها دائماً تسمو على الجماعة وبها يرتفع مستوى الجماعة.

٣- **من حيث الدوام :** فنصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل فهى صالحة لكل زمان ومكان.

** كمال الشريعة الإسلامية وسموها ودوامها :

ويقصد بكمال الشريعة أنها شُرعت كاملة بنصوصها وأحكامها، غير قابلة للتغيير والتبديل أو محتاجة للتجديد . فالقرآن الكريم - وهو مصدرها وأصل أحكامها - قد تم نزوله من الله تبارك وتعالى على قلب رسوله ﷺ فى فترة ابتعاثه وكان التمام بنزول قوله تعالى : ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِينًا﴾[1] فى حجة الوداع فى السنة العاشرة الهجرية، ولم يلبث رسول الله ﷺ بعد نزولها إلا شهوراً ثم لحق بالرفيق الأعلى .

فالشريعة الإسلامية نزلت كاملة بمبادئها ، ولم تكن وليدة حاجات متجددة لجماعة من الجماعات ، بل هى قد حددت سلوك الجماعة الإسلامية وشرعت للمجتمع الإسلامى الطرق الحكيمة فى كل شئونه . فهى صانعة للجماعة الإسلامية ، وكلاهما من صنع الله تعالى . بمعنى أن الشريعة أنشأت مجتمعاً مصبوغاً بصفته، تسعه بأحكامها وتشريعاتها .

أما القوانين الوضعية على اختلاف أنواعها، فإنها قاصرة ناقصة، تصنعها الجماعة لأنها تنشأ مع الجماعة البشرية ، قاصرة على ما يرونه ضرورياً لتنظيم حياتهم، ثم تنمو بالإضافة إليها والتعديل فيها كلما حدث أمر أو جَدت قضية أو تغيرت بيئة، أو حتى تغير رئيس الدولة .

فالقانون الوضعى ينشأ وليداً صغيراً ثم يبرز أو ثم يكبر وينمو بتجدد الحوادث والأقضية، ويستمر فى النمو بالإضافة والتغيير والتبديل، بمرور الزمان وتغير العادات والنزوات ومصالح الحكام أو الظاهرين وذوى النفوذ . وبذلك يصطبغ القانون بصبغة الجماعة أو الظاهرين فيها .

فالشريعة كاملة وتصبغ الجماعة بصبغتها، والقانون قاصر يُصبغ بصبغة الجماعة.

ولا يتعارض كمال الشريعة من يوم نزولها ، مع التدرج فى تشريع بعض الأحكام، كتحريم الخمر على مراحل، وعقوبة الزنا ، فإن هذا التدرج لم يكن وليد الحاجة المستجدة التى لم تكن موجودة ، ثم وجدت فاقتضت التشريع، وإنما كان رحمة من الله تعالى بعباده للتخفيف عنهم فى منعهم من مألوف ألفوه دهوراً، فاقتضت حكمته تعالى التدرج فى التشريع على مراحل ليسهل على عبيده الامتثال عن رغبة وطواعية وطيب خاطر ، بدلاً من الامتثال عن كراهية وضيق نفسى أو الوقوع فى العصيان . ولذلك نجد عمر بن الخطاب ﷺ عندما نزل قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى حَتَّىَ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾[2] يقول اللهم بيّن لنا فى الخمر بياناً شافياً ، فلما نزل قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ۞إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاء فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللّهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾[3] قال عمر انتهينا ، فهذا لسان عمر ينطق بما فى صدور كل المؤمنين .

فالتدرج التشريعى – إذن - لا يتعارض مع كمال الشريعة .

ومن ثم أردنا أن تكون الشريعة الإسلامية - بتراثها الزاخر بالنصوص والقواعد الفقهية - والمسائل الفقهية هى المقارن به لمفهوم الامتناع .

ولننظر بادئ ذى بدء إلى المقاصد العامة للشريعة الإسلامية فى مطلب أول، ثم المفهوم الشرعى للامتناع فى مطلب ثان .

---

(1) سورة المائدة ، الآية ٣ .

(2) سورة النساء ، الآية ٤٣ .

(3) سورة المائدة ، الآيتين ٩٠-٩١ .

المطلب الأول
المقاصد العامة للتشريع الإسلامى

خلق الله الناس وشرع لهم الأحكام التى تحقق مصالحهم وتجلب لهم سعادة الدارين ، ومصالح الناس التى تحقق لهم السعادة ثلاثة أنواع: ضرورية وحاجية وتحسينية ، والشارع الحكيم ما قصد بتشريعه الأحكام إلا تحقيق هذه المصالح للناس. هذا هو المقصد العام للتشريع الإسلامى وكل تشريع لحكم فى واقعة فردية أو عامة ، الهدف منه تحقيق هذه المصالح للناس .

وقد استدل العلماء على أن هدف التشريع الإسلامى هو تحقيق هذه المصالح من استقراء الأحكام الشرعية الكلية والجزئية فى مختلف الوقائع والنوازل، واستقراء العلل والحكم التشريعية المقترنة بكثير من الأحكام .

وهذه المصالح مرتبة على هذا الترتيب ، فيراعى فى التشريع الضرورىّ ثم الحاجىّ ثم التحسينىّ[1] .

أولاً: المصالح الضرورية وما شرع لأجلها : الأمور الضرورية للناس

هى ما تقوم عليها حياة الناس ، وإذا فقدت أو فقد أمر منها فقدت الحياة أو اختل نظامها وعمت الفوضى والمفاسد. والأمور الضرورية للناس تنحصر فى خمسة أمور :

أ- الدين **ب- النفس** **جـ- العقل** **د- العرض** **هـ- المال**

وحفظ كل واحد من هذه الأمور ضرورى للناس يجب مراعاته وعدم الإخلال به ، إلا إذا كان فى مراعاة أمر منها إخلال بأمر أهم منه، فإنه يراعى الأهم ، لأن هذه الأمور مُقدم بعضها على بعض من حيث الأهمية على الترتيب الآتى :

الدين ثم النفس ثم العقل ثم العرض ثم المال ، فإذا تعارض فى المراعاة ضروريان قُدم الأهم منهما ، فالمحافظة على الدين ضرورى والمحافظة على النفس ضرورى أيضاً ، إلا أن حفظ الدين أهم من حفظ النفس، ولذلك يجب الجهاد للمحافظة على الدين وإن كان فيه هلاك للنفس ، وكذلك يباح شرب الخمر عند خوف فوات النفس وإن كان فيه مفسدة للعقل لأن حفظ النفس مقدم على حفظ العقل ، وهكذا .

وقد شرع الإسلام لكل واحد من هذه الضروريات الأحكام التى تكفل إيجاده وحفظه.

(أ) الدين وما شُرع لإيجاده وحفظه :

الدين هو مجموعة العقائد والعبادات والأحكام التشريعية لأفعال وأقوال المكلفين .

وقد شرع الله تعالى لإيجاد الدين وجوب الإيمان بقواعد الإسلام الخمس وسائر العقائد وأصول العبادات والتشريعات الواردة فى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة .

وشرع لحفظه وبقائه وحمايته الجهاد، والعقوبات لكل من المرتد والمبتدع والمحرف لأحكام الدين ، والمفتى الماجن أو الجاهل، وكل من يحدث فى الدين ما ليس منه .

(ب) النفس والمراد منها هنا الحياة :

وهى تطلق لغة على الروح والدم والجسد[2] ولكن المراد منها هنا الحياة ، وقد أمر الله تعالى بالمحافظة عليها ، وحذر من قتلها بغير حق ، وقد شرع الإسلام لإيجادها على أكمل الوجوه ، الزواج للتوالد والتناسل السليم ، وحث على الزواج لتحقيق هذه الغاية .

وشرع لحفظها إيجاب تناول ما يقيمها من الطعام والشراب. واتخاذ اللباس والسكن اللازم لحفظها، وحرم الإلقاء

---

(1) الموافقات جـ ٢ ص ٣ .
(2) مختار الصحاح ص ٦٧٢ .

بها إلى التهلكة، وأوجب دفع الضرر عنها بالتداوى، وشرع عقوبة القصاص والدية والكفارة فى الدنيا والعذاب الأليم فى الآخرة لمن يعتدى عليها بغير حق .

(ج) العقل :

هو القوة المفكرة فى الإنسان، وهو الذى يتميز به الإنسان عن سائر الحيوان ، وهو مناط التكليف ، وفى اللغة العقل هو النهى، وقد شرع الإسلام لتنمية العقل وتوسيع مداركه وشحذه ، فأوجب التعلم ، والحث على التفكير والملاحظة والمقارنة بالنظر فى ملكوت السموات والأرض ، واستخلاص النتائج .

وشرع لحفظه وبقائه سليماً ، تحريم الخمر والمسكرات ، وكل ما يؤثر على القوى العقلية فى الحال والمآل ، وأوجب عقوبة الشرب على كل من يعتدى على عقله بتناول المسكرات والمغيبات .

(د) العرض :

والمراد منه هنا العفة عن الزنا ، وهو يطلق على رائحة الجسد وعلى الجسد وعلى النفس والحسب[1] .

وقد شرع الإسلام لنقائه وطهارته، تحريم الدواعى إلى الفاحشة، كالنظر إلى الأجنبية والخلوة بها ، قال تعالى : ﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ۞ وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾[2] وجعل المحافظة على الفروج من صفات المؤمنين قال تعالى : ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾[3] .

وشرع لحفظه ، حد الزنى لمن يرتكب الفاحشة ، وحد القذف ، لمن يلوث عرض غيره بالباطل .

(هـ) المال :

وهو كل مُتمول له قيمة وتشح به النفوس عادة[4] والمال قوام الحياة وعصبها .

وقد شرع الإسلام لكسبه وتحصيله إيجاب السعى لطلبه من حلال، وشرع المبادلات التجارية والمضاربة ، والأعمال الصناعية واليدوية والفكرية، وشرع لحفظه وحمايته تحريم السرقة والغش والخيانة والاختلاس والنصب، وكل أكل للمال بالباطل، وشرع عقوبة الحد للسارق، وعقوبة تعزيرية لكل معتد على المال بغير السرقة، مع ضمان المال فى كل الأحوال، كما شرع الحجر على الصغير والسفيه[5] .

وعلى مبدأ حفظ الضرورات وضعت القواعد التشريعية الآتية :

١- **الضرر يزال شرعاً :** ومما يتفرع من هذه القاعدة تشريع عقوبات جرائم القصاص والحد والتعزير، ووجوب الوقاية والتداوى من الأمراض، ووجوب تناول ما يقيم الحياة من الطعام والشراب ووجوب اتخاذ المسكن واللباس بقدر ما يحفظ الحياة، وفروع أخرى كثيرة فى سائر المعاملات .

٢- **الضرر لا يُزال بالضرر :** وما يتفرع من هذه القاعدة، أنه لا يجوز للإنسان أن يدفع ضرراً عن نفسه أو ماله بضرر مماثل يلحقه بالغير، فلا يجوز أن يحفظ حياته بقتل غيره، ولا أن يدفع حرق داره بحرق دار غيره، ولا أن يحفظ ماله بإتلاف **مال** غيره .

٣- **يُتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام :** وما يتفرع على هذه القاعدة قتل القاتل لإحياء النفس، وقطع يد السارق

---

(1) مختار الصحاح ص ٤٢٦ .
(2) سورة النور ، الآيات ٣٠-٣١ .
(3) سورة المؤمنون ، الآية ٥ .
(4) الأشياء والنظائر للسيوطى ص ٣٥٤ ، وحاشية رد المختار جـ ٤ ص ٥٠١ .
(5) الأشياء والنظائر للسيوطى ص ٩٢ .

لحفظ الأموال، والحجر على الطبيب الجاهل لتأمين الصحة ، وعقوبة المفتى الجاهل والماجن لحفظ الدين، وغير ذلك مما فيه دفع ضرر عن عامة الناس .

٤- **ارتكاب أخف الضررين لاتقاء أشدهما :** وما يتفرع على هذه القاعدة جواز النطق بكلمة الكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان لاتقاء القتل، وجواز تناول المحرم كالميتة والخمر إذا تعيَّنا لإحياء النفس ، وحبس الزوج الموسر المماطل بنفقة زوجته، وتطليق الزوجة للإعسار ، والصلاة بغير طهور وإلى غير القبلة إذا تعذر معرفة الاتجاه الصحيح ، وغير ذلك من الفروع.

٥- **دفع المضار مقدم على جلب المنافع :** وما يتفرع على هذه القاعدة كتحريم الربا ، فإنه - وإن كان فيه منفعة للمرابى - فإنه فيه مفسدة للمجتمع ، ومنع المالك من التصرف فى ملكه إذا كان تصرفه يضر بغيره ، وكل ما فيه مفسدة فإنه يُحرم بمقتضى هذه القاعدة ولو كان فيه بعض المنافع ، وفى هذا يقول النبى ﷺ (إذا أمرتكم بأمر **فائتوا** منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه) .

٦- **الضرورات تبيح المحظورات :** ومن فروع هذه القاعدة حق الدفاع عن النفس، وجواز أكل المحرم فى مخمصة .

٧- **الضرورات تقدر بقدرها :** ومن فروع هذه القاعدة ، أن كل ما جاز لعذر يبطل بزوال هذا العذر ، فليس للمضار أن يتناول من المحرم إلا ما يسد الرمق ، وليس للمدافع عن النفس أن يتجاوز القدر الذى يزول به الخطر ، والرخص تبطل بزوال أسبابها .

ثانياً: المصالح الحاجية وما شرع لأجلها

المصالح الحاجية هى الأمور التى لا تسهل حياة الناس إلا بها، وإذا فقدت أو فقد أمر منها نالهم الحرج والضيق ، ولكن لا يترتب على فقدها اختلال الحياة كما فى فقد الضرورى، ومرد هذه الأمور إلى رحمة الله تعالى بعباده ، تفضلاً منه حيث يقول : ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ ويقول سبحانه وتعالى : ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ ويقول جل شأنه : ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفًا﴾. فكل ما يرفع الحرج عن الناس وييسر لهم أمورهم فهو من الأمور الحاجية لهم لتكون حياتهم ميسرة، والشريعة الإسلامية - وهى من الله العليم الحكيم - قد راعت ذلك أشد الرعاية، وشرعت كثيراً من الأحكام المخففة لرفع الحرج عن الناس سواء فى ذلك العبادات والمعاملات والعقوبات .

ففى العبادات شُرع التيمم لفاقد الماء أو العاجز عن استعماله، وقصر الصلاة للمسافر، والفطر للمسافر والمريض، وغير ذلك من الرخص .

وفى المعاملات رُخصت عقود على خلاف القياس، مثل السلم والاستصناع والمزارعة والمساقاة، وغير ذلك من العقود التى يقضى القياس ببطلانها .

وفى العقوبات ، شرعت مبدأ درء الحدود بالشبهات، وتحميل العاقلة للدية فى القتل الخطأ تخفيفاً عن الجانى ، وهذه أمثلة فقط لمنهج الشريعة فى التخفيف عن الناس لتحقيق أمورهم الحاجية ، وليست حصراً .

وعلى مبدأ توفير الحاجيات ، وضعت القواعد التشريعية الآتية :

٨- **المشقة تجلب التيسير :** ومن فروع هذه القاعدة جميع الرخص التى تفضل بها الله على عباده.

٩- **الحرج مرفوع شرعاً :** ومن فروع هذه القاعدة قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال، كالبكارة والولادة وعيوب النساء، والاكتفاء بغلبة الظن فى الشهادة والقضاء، واستقبال القبلة وطهارة الماء والمكان للمصلى، إذ فى التكليف بالجزم فى هذه الأمور حرج، والحرج مرفوع شرعاً ، ولذلك يقول الفقهاء فى هذا الشأن (إذا ضاق الأمر اتسع) .

١٠- **الحاجات تنزل منزلة الضرورات فى إباحة المحظورت :** يترتب على هذه القاعدة الترخيص فى بعض العقود على خلاف القياس، كعقود السلم والاستصناع وغير ذلك مما تقضى به حاجة الناس.

ثالثا: المصالح التحسينية وما شرع لأجلها

الأمور التحسينية هى ما تقتضيه المروءة والآداب ومكارم الأخلاق، ويتم بها جمال الحياة وبهجتها وسيرها على أحسن الوجوه .

وإذا فُقدت أو فقد أمر منها لا تختل الحياة كما فى فقد الضرورى، ولا ينال الناس الحرج والضيق كما فى فقد الحاجىّ ، وإنما تكون الحياة مستنكرة قبيحة فى تقدير ذوى العقول الراجحة .

وقد شرع الإسلام الأمور التحسينية فى كل مناحى الحياة، وتكفل بحمايتها بتقرير العقوبة على انتهاكها ، فالشريعة الإسلامية هى شريعة كمال الأخلاق. يقول ﷺ فى ذلك (إنما بُعِثت لأتمم مكارم الأخلاق) [1] ، ولذلك نجد الشريعة تُعنى بالأمور التحسينية فى كل تشريعاتها، ففى العبادات شرعت الطهارة للثوب والبدن والمكان ، وستر العورة والاستنزاه من البول ، وأمرت بأخذ الزينة عند كل مسجد، وفى كل عبادة شرع لها آداباً تعود الناس مكارم الأخلاق ، كما حثت الشريعة على التعاون والتكافل والنصح ، فندبت التطوع بالصدقات والصيام ومساعدة المحتاجين وإعانة الملهوفين ومعونة العاجزين وإماطة الأذى عن الطريق والنصح للمسلمين .

وفى المعاملات حرمت الغش والتغرير والخداع، والتعامل فيما يضر بالصحة، ونهت عن الاحتكار ، وغير ذلك مما يعكر صفو الحياة وبهجتها .

وفى العقوبات نهت الشريعة عن المُثلة والحرق بالنار والعبث بجثث الأموات، ونهت عن قتل الأعزل غير المحارب وعن قتل النساء والأطفال والمسنين الذين لا رأى لهم فى الحرب ، وبالجملة فإن الشريعة تأمر بكل مكرمة وتنهى عن كل رذيلة .

السياسة الجزائية فى الإسلام

إن نظام العقوبات فى الإسلام[2] ليس إلا حلقة من حلقات النظام الإسلامى المتكامل الذى نزل ليوضع موضع التنفيذ . ولما كان مجال تنفيذه الإنسان الذى قد يضعف أمام شهوته وحبه لذاته، فلم يلجأ إلى العقوبة إلا كسلاح أخير عندما تفشل الروادع الأخرى فى منع الفرد من تجاوز حده. ومن جهة أخرى رسم النظام الإسلامى سُبل الابتعاد عن المحرمات حتى لا يكون هناك مجال للإضرار بنفسه أو بالغير . وإذا ما انتهك المحرمات فيكون من الحق والعدل إيقاع العقاب بهذا الذى تخطى الحدود والسدود وخضع لرغباته وشهواته فخرج على نظام المجتمع .

والمجتمعات تقوم على مؤسسات رئيسية أربع كالآتى :

أ- **نظام الأسرة** ، الذى نشأ عن وجود الرجل والمرأة والتناسل الشرعى بينهما، ويقتضى الحال حماية هذا النسل من العبث مصداقاً لقوله تعالى "وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاء سَبِيلاً"[3] .

ب- **نظام الملكية الفردية** : نشأ عن حاجة الإنسان بطبيعته الدائمة إلى كل ما يلزمه من مطعم ومشرب وملبس ومسكن وغيرها من المنافع، وحماية أدوات السعى لتحقيق هذه المنافع وصيانتها من كل انتهاك، فيقتضى الحال التدخل لتوفير سبل التملك له ولأسرته، فيكون نظام التملك الفردى أساسياً فى تكوين الجماعة .

جـ- **النظام الاجتماعى** : نشأ عن ضعف الفرد وكثرة احتياجاته وحاجته إلى التعاون مع الغير، ويقتضى الحال بيان حقوق الأفراد وواجباتهم تجاه الغير، وبمعنى آخر قيام نظام اجتماعى على مبادئ توضح كيفية التعاون والحفاظ على نظام الأسرة والملكية الفردية، لكى يستمر النظام الاجتماعى القائم على التعاون مصداقاً لقول الله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ

---

(1) رواه مالك فى الموطأ بلاغاً عن النبى ﷺ ، وقال ابن عبد الله هو متصل من وجوة صحاح عن ابى هريرة وغيره ، انظر كشف الخفا جـ ١ ص ٢١١ .

(2) سعيد حوى : الإسلام وأصوله الثلاثة، المرجع السابق ، جـ٢ ، ص ١٢٤.

(3) سورة الإسراء ، الآية ٣٢.

والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾[1] .

د- **نظام الحكم :** بعد تكوين الجماعة يأتى نظام الحكم لكى يحافظ على استقرار أمن الجماعة، ويسهر على مصالح الجماعة ورعايتها، فيكون الحكم بالعدل. ويقول المولى عز وجل ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾[2].

فالشريعة الإسلامية حرصت على حماية هذه الأنظمة الأربعة الأساسية من كل اعتداء أو مساس، واعتبرت الاعتداءات الذى يمس كيان هذه المؤسسات من الجرائم الخطيرة والأساسية التى يجب مكافحتها والحيلولة دون وقوعها .

ويظهر هذا جلياً من بيان الاعتداءات التى اعتبرتها الشريعة خطراً على حياة المجتمع والفرد، وهى جرائم الزنا - القذف - شرب الخمر - السرقة - الحرابة - الردة - البغى- القتل والجرح فى حالتى العمد والخطأ. ثم بعد ذلك وضع الفقهاء القواعد والأسس التى بها يستطيع المجتمع تحريم بعض الأفعال الأخرى التى تهدد ذات المصالح الرئيسية للمجتمع . ويستكمل التشريع ما يلزم للحفاظ على أمن وسلامة المجتمعات . وهذا يتطلب منا بيان أسس التجريم والعقوبات فى النظام الإسلامى .

أسس التجريم والعقاب فى النظام الإسلامى[3]

أحكام الشريعة الإسلامية جاءت على أساس ما فى خلائق البشر من قوة وضعف ورجاء وخوف، فطبائع البشر واحدة فى كل مكان وزمان ﴿فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾[4] . وهذا هو السر فى صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، وقد شرعت العقوبات بما فيها من التهديد والوعيد والزجر علاجاً للطبيعة الإنسانية .

فإذا نظر الإنسان إلى مصلحته الخاصة وما يترتب عليها من العقوبات نفر منها بطبعه، لرجحان المفسدة على المصلحة . وكذلك إذا فكر فى الواجب وما يجلبه عليه من المشاق، فقد يدعوه ذلك لتركه، ولكنه إذا ذكر ما يترتب على الترك من عقوبة حمله ذلك على إتيان الفعل والصبر على مشقته ، وهذا يستلزم منا بيان حكمة تشريع العقوبات، وقد أوردها أستاذنا الدكتور رمضان على السيد الشرنباصى فيما يلى :

<u>حكمة تشريع العقوبات فى الشريعة الإسلامية</u>[5] :

أولاً: إن العقوبات فى الشريعة الإسلامية تهدف أولا فى جملتها إلى حماية المصلحة العامة والمحافظة على الضرورات الخمس ، ذلك بأن الشريعة الإسلامية جاءت للمحافظة على أمور خمسة : وهى المحافظة على الدين ، وعلى النفس ، وعلى العقل ، وعلى النسل ، وعلى المال.

وذلك لأن الدنيا التى يعيش فيها الإنسان تقوم على هذه الأمور الخمسة، ولا تتوافر الحياة الإنسانية الرفيعة إلا بها ، وتكريم الإنسان هو فى المحافظة عليها .

أ- فالدين لابد منه للإنسان الذى يسمو فى معانيه المشخصة عن دركة الحيوانية، إذ التدين خاصة من خواص الإنسان ولابد أن يسلم له دينه من كل اعتداء. وقد حمى الإسلام بأحكامه حرية التدين فقال تعالى ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾[6] ، ونهى عن أن يفتن الناس فى دينهم، واعتبر الفتنة التى تنزل بالمؤمن فى دينه أشد من القتل ولذا قال سبحانه :

---

(1) سورة المائدة ، الآية ٢ .
(2) سورة النساء ، الآية ٥٨ .
(3) الإسلام ، سعيد حوى ، المرجع السابق جـ٢ ، ص ١٢٧ .
(4) سورة الروم ، الآية ٣٠ .
(5) كتاب العقوبات الشرعية ، دار المطبوعات العلمية ، الأزاريطة ٢٠٠٧ ، ص ٢٠١ وما بعدها.
(6) سورة المائدة ، الآية ٨.

﴿والفتنة أشد من القتل﴾[1] .

ومن أجل المحافظة على التدين وحمايته وتحصين النفس بالمعانى الدينية شرعت العبادات كلها .

ب- والمحافظة على النفس هى المحافظة على حق الحياة الكريمة، والمحافظة على النفس تقتضى حمايتها من الاعتداء عليها بالقتل أو قطع الأطراف أو الجروح الجسيمة ، كما أنه من المحافظة على النفس المحافظة على الكرامة الإنسانية بمنع السب والقذف، وغير ذلك من كل أمر يمس كرامة الإنسان، ومن المحافظة على النفس منع كل ما يحد من نشاط الإنسان من غير مبرر، ولذلك حمى حرية الفكر والرأى والإقامة وغير ذلك مما تُعد الحريات فيه من مقومات الحياة الإنسانية .

جـ- والمحافظة على العقل حفظه من أن تناله آفة تجعل صاحبها عبئاً على المجتمع ومصدر شر وأذى للناس، وهى تتجه إلى أنواع ثلاثة :

١- أن يكون كل عضو من أعضاء المجتمع الإسلامى سليماً يمد المجتمع بعناصر الخير والنفع ، فإن عقل كل عضو من أعضاء المجتمع ليس حقاً خالصاً له بل للمجتمع حق فيه، باعتبار أن كل شخص لبنة من بنائه، إذ يتولى بعمله سداد خلل فيه فمن حق المجتمع أن يلاحظ سلامته .

٢- أن من يعرض عقله للآفات يكون عبئاً على الجماعة، وإذا كان عبؤه عليها عند آفته فعليه أن يخضع للأحكام الإسلامية الرادعة التى تمنعه من أن يعرض عقله للآفات.

٣- أن من يصاب عقله بآفة من الآفات يكون شراً على المجتمع، يناله بالأذى والاعتداء، فكان من حق الشارع أن يحافظ على العقل بالعقاب الرادع على تناول ما يفسده، ليكون ذلك وقاية من الشرور والآثام ، والشرائع تعمل على الوقاية كما تعمل على العلاج، ولذلك عاقبت الشريعة الإسلامية من يشرب الخمر أو يتناول أى مخدر يصيب العقل.

د- والمحافظة على النسل هى المحافظة على النوع الإنسانى، وتنشئة أجياله على المحبة والعطف، ليأتلف الناس، وذلك بأن يتربى كل ولد بين أبويه. وقد اقتضى ذلك تنظيم الزواج، واقتضى منع الاعتداء على الحياة الزوجية، كما اقتضى منع الاعتداء على الأعراض.

هـ- والمحافظة على المال تكون بمنع الاعتداء عليه بالسرقة أو الغصب أو الرشوة أو الربا وغير ذلك من الآفات التى تتعلق بالمال، كما تكون المحافظة على المال بتنظيم التعامل بين الناس على أساس من العدل والتراضى وبالعمل على تنميته ووضعه فى الأيدى التى تصونه وتحفظه .

وعلى ذلك يدخل فى المحافظة على المال كل ما شرع للتعامل بين الناس من بيوع وإجارات وما إلى ذلك .

وإذا كانت الجرائم على هذا هى اعتداء على تلك المصالح - التى جاءت الشريعة لحمايتها - فلا بد من عقاب رادع يمنع الآثم من أن يستمر فى إثمه وبغيه.

وعلى ذلك فإن الغرض من العقاب فى الشريعة الإسلامية هو دفع المضرة وجلب المصلحة، فما من أمر جاء به القرآن أو السنة فى موضع نهى إلا كان لدفع الضرر الناشئ من الفعل المنهى عنه، أو موضع طلب إلا كان فيه جلب مصلحة، وعلى ذلك فالعقوبات جاءت للمحافظة على المصالح المعتبرة فى الإسلام .

ثانياً: أن هناك أغراضاً أخرى للعقوبة فى الشريعة الإسلامية :

١- أن تكون العقوبة من شأنها أن تمنع من ارتكاب الجريمة قبل وقوعها، فإذا وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجانى على جنايته، وتزجر غيره عن التشبيه به وسلوك طريقه. ويعبر بعض الفقهاء عن هذا المعنى بقولهم : إن العقوبات موانع قبل الفعل زواجر بعده، أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل، وإيقاعها بعده يمنع العود إليه .

٢- إن الهدف من العقوبة هو حاجة الجماعة ومصلحتها، فإذا كانت مصلحة الجماعة فى التشديد شددت العقوبة، وإذا

---

(1) سورة البقرة ، الآية ١٩١ .

كانت مصلحتها فى التخفيف خففت، فلا يصح أن تزيد العقوبة أو تقل عن حاجة الجماعة .

٣- إذا كانت حماية الجماعة من شر المجرم تقتضى استئصاله من الجماعة، أو حبس شره عنها، وجب أن تكون العقوبة القتل للمجرم، والحبس حتى يموت، ما لم يتب أو ينصلح حاله .

٤- أن كل عقوبة تؤدى إلى صلاح الأفراد وحماية الجماعة هى عقوبة مشروعة، فلا ينبغى الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها ما لم يمنع منها الشارع .

٥- أنه لا يقصد منها الانتقام من المجرم، بل الغرض منها استصلاحه، والعقوبات - على اختلاف أنواعها - تتفق كما يقول بعض الفقهاء فى أنها "تأديب واستصلاح وزجر يختلف حسب اختلاف الذنب".

بل إن العقوبات إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده، فهى صادرة لرحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم، ولهذا ينبغى لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة بهم، كما يقصد الوالد تأديب ولده، وكما يقصد الطبيب معالجة مريضه. وإذا كان هذا هو المقصود من التأديب فإنه يجب أن يختلف باختلاف الأشخاص، فتأديب أهل المكانة أخف من تأديب أهل السفالة والسفاهة، لقول النبى ﷺ : "أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم" ، ولأن التأديب المقصود منه الزجر عن الجريمة، وأحوال الناس مختلفة فيه، فمنهم من يُزجر بالنصيحة، ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب، ومنهم من يحتاج إلى الحبس[1] .

المطلب الثانى
تعريف الجريمة فى الفقه الإسلامى

لا يختلف الناس فى أن الجريمة هى : ذلك الفعل الذى يستوجب عقاباً ويوجب ملاماً . وسوف نتناول تعريف الجريمة بإيجاز لغة واصطلاحاً لأهمية ذلك :

أ- المعنى اللغوى :

أصل كلمة جريمة مشتقة من "جَرَمَ" بمعنى كسب وقطع . ومن ذلك قوله تعالى ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾[2]. أى لا يحملنكم حملاً آثماً بغضكم لقوم على ألا تعدلوا . ويمكن القول إن الجريمة تطلق على كل مخالف للحق والعدل، وبمعنى آخر هى فعل ما نهى الله عنه وعصيان ما أمر الله به وهى عصيان المشرع[3].

ب- المعنى الاصطلاحى :

١- وهو مرادف للتعريف اللغوى . حيث تعرف بأنها "إتيان فعل محرم يعاقب على فعله، أو ترك فعل معاقب على تركه". وذلك لأن الله تعالى قرر عقاباً لكل من يخالف أوامره ونواهيه، وقد يكون عقاباً دنيوياً ينفذه الحكام . وإما أن يكون تكليفاً دينياً يكفر به عما ارتكب فى جنب الله ، وإما أن يكون عقاباً أخروياً يتولى تنفيذه الحاكم الديان وهو خير الفاصلين يوم القيامة [4].

٢- **وقد عرفها البعض**[5] بأنها محظورات شرعية، زجر الله عنها بحدٍ أو تعزير.

ومن هذا التعريف يتبين أن المحظورات وصفت بالشرعية لأن الشريعة الغراء تعمل على منع الجريمة ، فالجريمة

(1) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ وشرح القدير ص ٢١٢ ج٤ بحث مقارن فى فلسفة العقوبة د . فكرى عكاز ص ١١.
(2) سورة البقرة ، الآية ٢٥٦ .
(3) الإمام محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى ، الناشر مكتبة الانجلوالمصرية ، ص ٢٢.
(4) الإمام محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى ، الناشر مكتبة الانجلو المصرية ، ص ٢٣ .
(5) الأحكام السلطانية لأبى الحسن بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى الماوردى ج ٣١ ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ص ٢١١.

إذن هى إتيان لكل محرم معاقب على فعله ، أو ترك فعل مأمور به معاقب على تركه[1] وبمعنى آخر فعل أو ترك قررت الشريعة تجريمه والعقاب عليه .

وهذا الفعل أو الترك يستحق العقوبة المقررة شرعاً إما بحد أو تعزيز ، والفرق بينهما أن الحد مقرر بنص شرعى من الكتاب أو السنة ، ومثال ذلك الحدود مثل حد الزنا والسرقة وقطع الطريق والحرابة، ومن ثم تختلف العقوبات فى الشريعة الإسلامية باختلاف الجرائم التى فرضت عليها العقوبات، وذلك على أساس محاربة دوافع كل جريمة، وهذا منهج الشريعة فى اختيار العقاب .

فالجريمة التى يكون دافعها اللذة والشهوة تعاقب بعقوبة تتصف بإيلام لتكون ردعاً له، ويظهر هذا بوضوح فى عقوبات جرائم الحدود وهى –على الخلاف فى عددها- : الزنا ، القذف ، شرب الخمر ، السرقة ، الحرابة ، الردة والبغى[2].

ويظهر أيضاً فى نظرية التعزير التى قررها الفقه الإسلامى لتجريم الوقائع التى تُستحدث بفرض عقوبات تعزيرية . وسميت العقوبة تعزيراً لأن من شأنها أن تمنع الجانى وترده عن ارتكاب الجرائم والعودة إلى اقترافها[3] .

واصطلاحاً يعرفه الفقهاء بأن التعزير عقوبة غير مقدرة، تجب حقاً لله أو الآدمى، فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، وهى كالحدود فى التأديب والإصلاح والزجر[4] .

وهى تبدأ بالنصح والإنذار، وتنتهى بأشد العقوبات كالحبس والجلد، وتمتاز بأنها غير مقدرة يترك للقاضى اختيارها وفق المصلحة العامة التى يقدرها، أو يقبل العفو من ولى الأمر .

ومنهج الشريعة هو إنزال العقوبات بمستحقيها من مرتكبى الجريمة سواء بالفعل أو الترك ،ويظهر ذلك جلياً من الآية القرآنية الكريمة ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾[5]. فى بيان فلسفة العقوبة فى الشريعة من إنزال العقوبة على مستحقيها وبيان عظيم الجناية أو الجرم المرتكب ومن ناحية أخرى فى بيان مدى إيصال فلسفة الردع بنوعيه العام والخاص إلى العامة من عدم ارتكاب الجرم المدان .

وهذه الآية توجب قضيتين :

الأولى : أن القاتل معتد على الأمة كلها بنص الآية .

الثانية : أن الامتناع عن إنزال العقوبة بالجانى فيه اعتداء على الأمة كلها وتعريض الجميع للأذى[6].

ومنع إنزال العقوبة من أخطر المشكلات التى تواجه البشرية كلها، خاصة مع التحايل عليها، وقد بين ذلك المصطفى صلوات الله عليه وسلامه بقوله (إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها) [7].

ومن ثم فيكون منهج الشريعة لمنع الجريمة بثلاث طرق : **الأول :** الخلق أو التهذيب النفسى وتربية الضمير هو الأساس الأول فى منع الجريمة[8] ، والإسلام يهذب النفس بالعبادات .

الثانى : الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ﴿ وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ

---

(1) د. رفعت محمد إبراهيم الشاذلى : النظرية العامة للامتناع فى القانون الجنائى والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ص ٧.

(2) د رمضان الشرنباصى: النظريات العامة فى الفقه الإسلامى ، طبعة سنة ٢٠٠٦ ، ص ٢١٧.

(3) د. عبد العزيز عامر: التعزير فى الشريعة الإسلامية ، طبعة سنة ١٩٥٥ ، دار الكتاب العربى بمصر ، ص ٣٧.

(4) الأحكام السلطانية الماوردى ، ص ٢٢٤ .

(5) سورة المائدة ، الآية ٣٢ .

(6) الإمام محمد أبو زهرة : الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى ، دار الفكر العربى ، ص ٧.

(7) صحيح البخارى ، كتاب الحدود ، حديث ٦٤٠٦.

(8) الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى ، الإمام أبو زهره ، دار الفكر العربى ، ص ٢٥ .

الْمُنكَرِ وَأُولَـئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾[1]. ويقول أيضاً ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾[2] . ففي ذلك دفع الآثم ومنع الجرائم . ويأتى دور الحسبة ونظرية التعزير، وسوف نتعرض لذلك فى حينه .

الثالث : العقوبات ، فالشريعة تتخذ من العقاب ذريعة لمنع الجريمة، فغاية العقاب فى الفقه الإسلامى حماية المجتمع والشرع، والحفاظ على الضروريات الخمس، وهى حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل وحفظ النسل وحفظ المال . وقد قال المولى عز وجل ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ﴾[3]. فهذا التكريم يوجب الحفاظ وحماية هذه الأمور الخمسة، بل ومنع الاعتداء عليها بضرورة العقاب الرادع .

المطلب الثالث

المفهوم الشرعى الامتناع

أولاً: تعريف الامتناع :

الامتناع - لغة - مصدر امتنع، يقال امتنع من الأمر : إذا كف عنه، ويقال امتنع بقومه تقوى بهم وعزّ فلم يُقدر عليه[4] .

الامتناع اصطلاحاً : لا يخرج عن هذين المعنيين ، ويمكننا أن نعرف الامتناع بأنه "إحجام شخص عن إتيان عمل إيجابى معين، متى كان الشارع ينتظره منه فى ظروف معينة، متى كان هناك واجب شرعى يلزم بإتيان هذا العمل، وكان فى استطاعة المكلف إتيانه .

** الحكم الإجمالى[5] :

١- أن الامتناع عن الفعل المحرم واجب، مثل الامتناع عن الزنا وشرب الخمر وامتناع الحائض عن الصلاة وعن مس المصحف والجلوس فى المساجد .
٢- الامتناع عن الواجب حرام ، كامتناع المكلف غير المعذور عن الصلاة والصوم والحج، وكامتناع المحتكر عن بيع الأقوات، والامتناع عن إنقاذ المشرف على الهلاك ممن هو قادر على إنقاذه .
٣- الامتناع عن المندوب يكون مكروهاً كامتناع المريض عن التداوى مع قدرته عليه.
٤- الامتناع عن المكروه يكون مندوباً إليه، مثل الامتناع عن تولى القضاء لمن يخاف على نفسه الزلل.
٥- الامتناع عن المباح مباح، مثل امتناع البائع عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن، ومثل امتناع المرأة عن الدخول حتى تقبض مقدم المهر .

ثانياً: المفهوم الشرعى :

لبيان المفهوم الشرعى ينبغى إيضاح فكرة الامتناع أولاً فى القرآن الكريم، ثم فى السنة النبوية وذلك لاستيضاح المفهوم الشرعى بمعناه الحقيقى .

١- فى القرآن الكريم :

جاءت آيات القرآن الكريم زاخرة بالعديد من الصور التى توضح الامتناع كمعصية مستوجبة العقاب الآخروى.

---

(1) سورة آل عمران ، الآية ١٠٤ .
(2) سورة المائدة ، الآية ٢ .
(3) سورة الإسراء ، الآية ١٠٧ .
(4) ابن عابدين ١٩٥/١ ، ٧٩/٢ ، ٣٥٨ طبعة بولاق .
(5) الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الجزء السادس ، ص ٢٤٠.

على سبيل المثال :

أ- يقول تعالى ﴿ أَلْقِيَا فِي جَهَنَّمَ كُلَّ كَفَّارٍ عَنِيدٍ * مَّنَّاعٍ لِّلْخَيْرِ مُعْتَدٍ مُّرِيبٍ ﴾[1] أى مناع للحقوق والواجبات من المال وغيره[2].

ب- وكذا قوله تعالى ﴿ أَرَأَيْتَ الَّذِي يُكَذِّبُ بِالدِّينِ * فَذَلِكَ الَّذِي يَدُعُّ الْيَتِيمَ * وَلَا يَحُضُّ عَلَى طَعَامِ الْمِسْكِينِ * فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ * الَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ * الَّذِينَ هُمْ يُرَاؤُونَ * وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾[3] ، أى الامتناع عن معونة الآخرين بالبر والخير ، ولا يعطون من يسألهم ماعوناً [4].

جـ- قول الله تعالى ﴿ وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن كَتَمَ شَهَادَةً عِندَهُ مِنَ اللَّهِ وَمَا اللَّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ﴾[5] ، وكذا قوله تعالى ﴿ وَلاَ تَكْتُمُواْ الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾[6] . فهذه الآية تحث على الإدلاء بالشهادة وتحذر من الامتناع عن أدائها ومن يمتنع عنها فإنه آثم قلبه.

د- الامتناع عن الصوم فى شهر رمضان الكريم ، حيث يقول الله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[7]. وكذلك الامتناع عن دفع الزكاة فهو يشكل معصية خطيرة ولها ويلات خطيرة على المجتمع الإسلامى، ومساوية لمعصية ترك الصلاة، أو الصوم، فيقول الله عز وجل ﴿قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَى إِلَيَّ أَنَّمَا إِلَهُكُمْ إِلَهٌ وَاحِدٌ فَاسْتَقِيمُوا إِلَيْهِ وَاسْتَغْفِرُوهُ وَوَيْلٌ لِّلْمُشْرِكِينَ * الَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُم بِالْآخِرَةِ هُمْ كَافِرُونَ ﴾[8] .

هـ- الامتناع عن أكل الحرام ، استناداً إلى قول الله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُواْ بِالأَزْلاَمِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُواْ مِن دِينِكُمْ فَلاَ تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[9] . وكذا قوله تعالى ﴿وَتَرَى كَثِيرًا مِّنْهُمْ يُسَارِعُونَ فِي الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَأَكْلِهِمُ السُّحْتَ لَبِئْسَ مَا كَانُواْ يَعْمَلُونَ * لَوْلاَ يَنْهَاهُمُ الرَّبَّانِيُّونَ وَالأَحْبَارُ عَن قَوْلِهِمُ الإِثْمَ وَأَكْلِهِمُ السُّحْتَ لَبِئْسَ مَا كَانُواْ يَصْنَعُونَ ﴾[10] .

و- الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، استناداً لقوله تعالى ﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم مِّنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[11] . وكذا قوله تعالى ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلاَةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُوْلَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[12] .

ز- التعاون على البر والتقوى ، والنهى عن الإثم والعدوان ، استناداً لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تُحِلُّواْ شَعَآئِرَ اللَّهِ وَلاَ الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلاَ الْهَدْيَ وَلاَ الْقَلآئِدَ وَلا آمِّينَ الْبَيْتَ الْحَرَامَ يَبْتَغُونَ فَضْلاً مِّن رَّبِّهِمْ وَرِضْوَانًا وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُواْ وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ أَن صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَن تَعْتَدُواْ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُواْ اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾[13] .

---

(1) سورة ق : الآيتين ٢٤ ــ ٢٥ .
(2) أيسر التفاسير ، أبو بكر جابر الجزائرى ، دار الكتب العلمية ، المجلد الخامس .
(3) سورة الماعون : الآيات ١ـ ٧ .
(4) أيسر التفاسير ، أبو بكر جابر الجزائرى ، دار الكتب العلمية ، المجلد السادس .
(5) سورة البقرة : الآية ١٤٠.
(6) سورة البقرة : الآية ٢٨٣.
(7) سورة البقرة : الآية ١٨٣.
(8) سورة فصلت : الآيتين ٦ ـ ٧.
(9) سورة المائدة : الآية ٣ .
(10) سورة المائدة : الآيتين ٦٢ ـ ٦٣.
(11) سورة آل عمران : الآية ١١٠ .
(12) سورة التوبة : الآية ١١٢ .
(13) سورة المائدة : الآية ٢.

وجدير بالذكر أن آيات القرآن الكريم جاءت مسوقاً للنهى عن ارتكاب افعال أكثر من المبينة بالأمر بإتيان أفعال[1].
الأمر الذى يعنى يوضح أن صور الامتناع فى القرآن كثيرة والعقاب عليها عقاباً مستحق فتعتبر معصية .

<u>٢- فى السنة النبوية</u> :

هناك أمثلة كثيرة فى السنة النبوية الشريفة تجرم الامتناع وتقرر له العقوبة نذكر منها :

أولاً: الأحاديث التى تحث المسلمين على الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وتنهى عن الامتناع عن أداء هذا الواجب، مثال ذلك :

أ- ما ورد عن حذيفة رضى الله عنه عن النبى (ﷺ) قال : ((والذى نفسى بيده لتأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر أو ليوشكن الله أن يبعث عليكم عقاباً منه ثم تدعونه فلا يستجاب لكم))[2].

ب- ما ورد عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله (ﷺ) يقول ((من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان)) رواه مسلم[3].

جـ- ما ورد عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه قال : يا أيها الناس إنكم تقرءون هذه الآية : ((يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم)) . وإنى سمعت رسول الله (ﷺ) يقول ((إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه أوشك أن يصيبهم الله بعقاب منه)). رواه أبو داود، والترمزى والنسائى بأسانيد صحيحة[4].

د- ما ورد عن أبى هريرة رضى الله عنه، عن النبى (ﷺ) قال ((ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم من بينهم ، رجل على فضل ماء بالخلاء يمنعه عن ابن السبيل)) رواه الجماعة إلا الترمزى[5].

ثانياً: كما نهت السنة النبوية الشريفة عن خيانة الأمانة ، فعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله (ﷺ) قال أية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان)) متفق عليه[6] .

ثالثاً: وهناك أحاديث تحث على الامتناع عن القذف والتشهير، فعن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى (ﷺ) قال ((لا يستر عبد عبداً فى دنياه إلا ستره الله يوم القيامة)) رواه مسلم.[7]

وروى عن الرسول (ﷺ) أنه قال ((المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان فى حاجة أخيه كان الله فى حاجته ، ومن فرج عن مسلم كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة ، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة)) متفق عليه[8] .

وروى عن الرسول (ﷺ) أنه قال ((إيما رجل مات جوعاً بين قوم أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله)) [9].

---

(1) د. محمد محى الدين عوض ، الجريمة السلبية والإيجابية التى تقع بطريق سلبى فى الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات السودانى ، تقرير مقدم إلى المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات الذى عقد فى القاهرة فى الفترة من ١ إلى ٧ أكتوبر سنة ١٩٨٤ ، ص ١.

(2) رواه الترمزى ، وقال حديث حسن ، أنظر فى ذلك الإمام أبى ذكريا يحيى بن شريف النووى، رياض الصالحين عن كلام سيد المرسلين ، حقق نصوصه ، وخرج أحاديثه وعلق عليها مصطفى محمد عمارة، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ١٩٥٦ ، ص ١٠٧.

(3) الإمام النووى ، المرجع السابق ، ص ١٠٣، عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى ، دار الكتاب العربى ، جـ ١ ، بيروت ، ١٩٧١ ، ص ٤٩١.

(4) الإمام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى ، إحياء علوم الدين ، المطبعة التجارية الكبرى ، جـ ٢ ، ص ٢١٣.

(5) محمد بن على بن محمد الشوكانى ، نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار عن حديث سيد الأخيار ، مكتبة دار التراث ، جـ ٩ ، ص ٢٢٤ .

(6) الإمام النووى ، رياض الصالحين ، المرجع السابق ، ص ١١٠.

(7) الإمام النووى ، رياض الصالحين ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ .

(8) د. أحمد فتحى بهنسى ، نظرية الإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى ، مكتبة الوعى العربى ، الطبعة الثامنة ، ١٩٧١ ، ص ٢٥ ، نفس المؤلف مدخل الفقه الجنائى الإسلامى ، دار الشروق ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٢ ، ص ١٣٧ .

(9) محمد أحمد فرج السنهورى، الأسرة فى التشريع الإسلامى، الجهاز المركزى للكتب الجامعية والمدرسية ، ١٩٨٤، القاهرة ، ص ١١٤ .

وفى نفس المعنى حديث رسول الله (ﷺ) ((إذا ترك أهل حى شخصاً جائعاً بينهم فالله يتبرأ من خطيئتهم))[1].

ويجدر الإشارة إلى أن السنة النبوية الشريفة جاءت هى الأخرى زاخرة كالقرآن بالعدد من صور الامتناع وما ذكرناه لا يتعدى كونه أمثلة لهذه الصور فقط .

ويظهر المعنى الشرعى فى الامتناع جلياً عند تطبيق قاعدة (الترك هل هو كالفعل أم لا)[2]. وهذه القاعدة من أرفع ما عرفته الشريعة فى باب التشريع وتقنين قواعد الأخلاق لتحقيق مصلحة الأمة ، فلم تعرف القوانين الوضعية أن الترك كالفعل إلا فى أواسط القرن الماضى ، فهى من قواعد الأخلاق والمروءة التى تعتد بالتسيب والإهمال واللامبالاة، وتجعلها من جرائم التعدى .

قاعدة الترك كالفعل :

وسوف نعرض لمعنى القاعدة ثم نتناول بعض من تطبيقاتها على النحو الآتى :

١- **معنى القاعدة :** هذه القاعدة من قواعد الأخلاق والمروءة والديانة، التى تعد التسيب والإهمال واللامبالاة من جرائم التعدى، وتلقى مسئولية كاملة على من يمتنع عن فعل ما يجب عليه، لا تقل عن مسئولية من يباشر فعلاً من أفعال التعدى الموجبة للعقوبة، والضمان، فمن رأى مالاً يضيع ويمكنه إنقاذه، أو حيواناً يموت ويمكنه ذبحه، أو إنساناً عطشان ويمكنه سقيه، ويترك ذلك من غير عذر، فهو آثم عاص ويُلزم بالضمان[3] .

وقال المقرى : " الصحيح أن الكف فعل ، وبه كلفنا فى النهى عند المحققين .

٢- **السند الشرعى للقاعدة :** تجد هذه القاعدة سندها الشرعى فيما روى عن النبى ﷺ أنه قال (ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم ، رجل على فضل ماء بطريق يمنع منه ابن السبيل ، ورجل بايع رجلاً لا يبايعه إلا للدنيا فإن أعطاه ما يريد وفى له ، وإلا لم يف له ورجل ساوم رجلاً بسلعة بعد العصر فحلف بالله لقد أعطى بها كذا وكذا فأخذها ...) [4] .

وكذلك قوله (ﷺ) (عذبت امرأة فى هره حبستها حتى ماتت جوعاً فدخلت النار، لا هى أطعمتها، ولا هى تركتها تأكل من خشاش الأرض) .

٣- من تطبيقات القاعدة :

أ- <u>من ترك إنقاذ نفس من الهلاك ، هل ضمن ؟</u>

يقع الضمان على من ترك إنقاذ نفس من الهلاك فى حالتين :

الحالة الأولى : أن يقوم شخص بعمل ضار نحو شخص آخر يمكن أن يؤدى إلى هلاكه غالباً ، ثم يترك ما يمكن به إنقاذ هذا الشخص فيهلك. ومثال ذلك: أن يحبس غيره فى مكان ، ويمنعه من الطعام أو الشراب فيموت جوعاً وعطشاً لزمن يموت فيه غالباً ، وكان قد تعذر عليه الطلب .

١- فعند المالكية والشافعية والحنابلة : يكون فيه القود ، لظهور قصد الإهلاك بذلك .

٢- وعند الصاحبين –أبى يوسف ومحمد - : يكون فى ذلك الدية على عاقلته ، لأن حبسه هو الذى تسبب فى هلاكه .

٣- وعند أبى حنيفة: لا ضمان عليه، لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالحبس ولا صنع لأحد فى الجوع والعطش .

---

(1) محمد فرج سليم ، التكافل الاجتماعى ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، ١٩٦٥ ، ص ٩.

(2) إيضاح المسالك ، ص ٨٤ ، قاعدة ٣١ ، وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ، ص ١١٣.

(3) د. محمود إسماعيل مشعل: أثر الخلاف الفقهى فى القواعد المختلف فيها ومدى تطبيقها فى الفروع المعاصره ، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون دمنهور ، ص ٥٨٣.

(4) أخرجه البخارى ، فى كتاب الشرب والمساقاة ، حديث ٢٣٦٩ ، باب من رأى أن صاحب الحوض والقربة أحق بمائه .

فإن لم يمنعه الطعام أو الشراب ، بأن كان معه فلم يتناول منه خوفاً أو حزناً، أو كان يمكنه الطلب فلم يفعل، فمات، فلا قصاص ولا دية، لأنه قتل نفسه[1].

الحالة الثانية : من أمكنه إنقاذ إنسان من الهلاك ، فلم يفعل حتى مات. ومثال ذلك : من رأى إنساناً اشتد جوعه، وعجز عن الطلب، فامتنع من إعطائه فضل طعامه حتى مات، أو رأى إنساناً فى مهلكه ، فلك ينجه منها مع قدرته على ذلك، فقد اختلفت أقوال الفقهاء فى الضمان وعدمه .

أ- عند الحنفية والشافعية والحنابلة - عدا أبى الخطاب- : لا ضمان على الممتنع، لأنه لم يهلكه ولم يحدث فيه فعلاً مهلكاً، لكنه يأثم .

وهذا الحكم عند الحنابلة إذا كان المضطر لم يطلب الطعام، أما إذا طلبه فمنعه رب الطعام حتى مات ، فإنه يضمن فى هذه الحالة، لأن منعه منه كان سبباً فى هلاكه، فضمنه بفعله الذى تعدى به .

ب- وعند المالكية وأبى الخطاب : يضمن، لأنه لم ينجه من الهلاك مع إمكانه[2] .

جاء فى الفقه المالكى : " من وجبت عليه مواساة غيره بطعام أو شراب أو دواء، أو خيط لخياطة جرح ، بحيث لم يوجد غيره، فامتنع حتى مات صاحب الحاجة ، فإنه يضمن ديته على عاقلته إن كان متأولاً وإن كان متعمداً إهلاكه قتل به"[3].

ب- امتناع بنك الدم عن إعطاء الدم لمريض فى حاجة ماسة إليه :

فقد جاء فى فتوى للشيخ جاد الحق على جاد الحق ما خلاصته : " إن القادر الصحيح إذا أعطى الدم لمريض فى حاجة إليه استحق من الله ثواب ما أعطى. أما من يتقاعس أو يرفض بلا مبرر فقد حرم نفسه من ثواب الله ،ولم ينصف المروءة حقها ، ومع كل هذا لا يجبر على العطاء ، لأن جواز النقل لعضو من إنسان حى مشروط بالإذن والرضا ، وليس مما يجبر عليه قهراً".

أما إذا كان الدم فى مركز من مراكز تجميعه ، فإن الحكم يختلف ، ويؤاخذ المركز على رفضه ،وتقاعسه ممن يملك – قانوناً- مساءلته ، وتشتد المسألة حين يكون نقل الدم ضرورة لازمة لإنقاذ جريح أو مريض ، وقد يترتب على الرفض أو التقاعس والامتناع وفاة المصاب[4] .

جـ- الإنعاش الاصطناعى :

الإنعاش : هو المعالجة المكثفة التى يقوم بها الفريق الطبى (طبيب أو مجموعة من الأطباء ومساعديهم) لمن يفقد وعيه ، أو تتعطل عنده وظائف بعض الأعضاء الحيوية، كالقلب والرئة، إلى أن تعود عملها الطبيعى، وغالباً ما يتضمن ذلك استعمال أجهزة معيضة، كالمنفاس، (وهو جهاز كهربائى يقوم بإدخال الهواء إلى الرئتين وإخراجه منهما، مع إمكانية التحكم بنسبة الأكسجين فى الهواء الداخل) فهذا الجهاز يعوض عن عمل الرئة، وكمنظم ضربات القلب (ناظم الخطى)، وجهاز مزيل رجفان القلب، إضافة لعلاجات دوائية مختلفة لا يمكن إعطاؤها إلا تحت مراقبة مكثفة .

فالمصاب المحتاج للإنعاش، هو مصاب تعطلت عنده بعض الوظائف الضرورية لاستمرار الحياة، فهو وسيلة لإنقاذ حياته، يأخذ حكم الوجوب بالنسبة للمريض، يأثم بتركه، إذ يعرض حياته للخطر، قال تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكه﴾[5]. أما بالنسبة للمجتمع المسلم، فالإنعاش أشبه ما يكون بإنقاذ غريق ، أو من وقع فى مهلكة ، فهو واجب كفائى، إن

---

(1) البدائع ٢٣٤/٧ ، وحاشية ابن عابدين ٣٤٩/٥ ، وحاشية الدسوقى ٢٤٢/٤ ، والتاج والإكليل بهامش الخطاب ٢٤٠/٦ ، ومغنى المحتاج ٥/٤ ، ونهاية المحتاج ٢٣٩/٧ ، وكشاف القناع ٥٠٨/٥ ، ومنتهى الإرادات ٢٦٩/٣ ، ٢٧٠).

(2) مغنى المحتاج ٣٥٩/٤ ، والمغنى لابن قدامه ٨٣٤/٧ ، ٨٣٨ ، وشرح منتهى الإرادات ٣٠٤/٣ ، ٣٠٥ ، وحاشية الدسوقى ٢/ ١١٢ ، ٢٤٢/٤.

(3) مواهب الجليل (٢٢٤/٣) ، وشرح الخرشى (٢١/٣ ، ٢٢).

(4) الشيخ جاد الحق : شيخ الأزهر الأسبق ، بحوث وفتاوى إسلامية فى قضايا معاصرة (٤٣٧/٣ ، ٤٣٨).

(5) سورة البقرة ، الآية ١٩٥ .

قام به بعضهم سقط عن الباقي، وإن لم يقم به أحد أثم الجميع.

وحيث إن المريض المشرف على الهلاك نظير الجائع فى البيداء، فإن إسعافه يعد أمراً واجباً عند جمهور الفقهاء[1].

وبناء على ما سبق يكون هذا الفرع الفقهى متمشياً مع قاعدة : " الترك هو كالفعل" ، فالمصاب الذى يحتاج إلى المساعدة له بوسائل الإنعاش، مع توافر الأجهزة، فإن عدم إسعافه يعرض حياته للخطر، والترك كالفعل ، يأثم من تقع عليه المسئولية الطبية بترك إسعافه بالإنعاش الاصطناعى.

وحدة السلوك فى الشريعة الإسلامية :

تتميز الشريعة الإسلامية بوحدة السلوك، فالسلوك فى نظرها وحدة واحدة لا تتجزأ خاصة فى العبادات والمعاملات ، فلا فرق بين فعل إيجابى وفعل سلبى طالما أحدث أيهما محظورات شرعية. وقد أجمع الفقهاء على اعتراف الشريعة الإسلامية بذلك، ويشار فى هذا الصدد إلى أن الخلاف بين جمهور الفقهاء وفقهاء الحنفية يكمن فى تقرير العقاب لا فى التجريم[2]، لأن فقهاء الحنفية يفرقون بين عقوبة الجانى الذى يرتكب محظوراً شرعياً بفعل إيجابى وعقوبة الجانى الذى يرتكب محظوراً شرعياً بفعل سلبى، على عكس جمهور الفقهاء فهم يسوون فى العقوبة فى الحالين .

ومما يدل على وحدة السلوك فى الشريعة الإسلامية، وتساوى الامتناع مع الفعل الإيجابى فى التجريم، ذلك المعنى الشرعى للامتناع من حديث النعمان بن البشير رضي الله عنهما، عن النبي (ﷺ) قال: ((مثل القائم على حدود الله والواقع فيها، كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقا، ولم نؤذ من فوقنا، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا))[3].

ثالثاً: هل للامتناع حقيقة طبيعية أم قانونية ؟ أم هو طبيعية قانونية فى آن واحد ؟

حقيقة الامتناع أثيرت عند فقهاء الشريعة عند الحديث عن شروط التكليف، ويمكن القول بأن هناك فريقين فى هذا الرأى:

الفريق الأول : وهم من المعتزلة، ويرون أن التكليف قد يكون بأن لا يفعل، كقطع النظر عن التلبس بضد الفعل، وذلك ليس بفعل[4] . وسندهم فى ذلك بأن تارك الزنا ممدوح، فترك الزنا ليس إلا عدماً . أى يمكن أن يكون التكليف مناطه العدم .

الفريق الثانى : وهم جمهور المتكلمين[5] يرون - خلافاً للمعتزلة - أن التكليف لا يكون إلا بفعل، أى مناط التكليف الفعلى سواء كان فعل الجوارح أو القلب، وأن النهى عن المحرم فى حقيقته يتضمن فعلاً . وذلك مستفاد من قول الله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾[6]. فتكليف النفس هنا بالكف عن فعل الزنا لا يكون إلا فى حالة طلب النفس للزنا . فقام المكلف بكف نفسه عن الزنا، فهذا فعل وليس عدماً.

وقد استند هذا الفريق من جمهور المتكلمين فى إثبات دعواهم برفض المفهوم الطبيعى للامتناع كما يرى المعتزلة إلى ما يلى:

١- الامتناع - وفقاً لمعناه الطبيعى المتمثل فى عدم الفعل - مرتبط بعدم المشيئة أى الإرادة. والمشيئة من عمل الوجود فعله العدم، أى عدم المشيئة هى علة الوجود، ومن ثم فإن العدم لا يصبح مناطاً للتكليف لإنعدام المشيئة . ولا

---

(1) ندى محمد نعيم الدقر : موت الدماغ بين الطب والإسلام (ص ٢١١ ، ٢١٢) ، دار الفكر ، دمشق ط١ ، سنة ١٤١٨هـ ١٩٩٧م.
(2) الإمام أبو زهرة : الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى ، المرجع السابق ، ص ١٣٥.
(3) البخارى ، كتاب الشركة ، حديث رقم ٢٣٦١.
(4) وقد حمل لواء هذا الرأى من المعتزلة عبد السلام بن محمد بن عبد الوهاب الجبائى الشهير بأبو هاشم الجبائى ، الأحكام فى أصول الإحكام للآمدى ، طبعة مؤسسة النور بالرياض ١٣٨٧ هـ جـ١ ، ص ٧٤.
(5) د. شريف فوزى محمد فوزى: جرائم السلوك السلبى فى الشريعة الإسلامية والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، يونيو ١٩٧٦ ، ص ٣٢.
(6) سورة الإسراء ، الآية ٣٢ .

سبيل للتكليف بالعدم إلا بتعلق المشيئة بما هو وسيلة إليه، وهو الكف عنه والعزم على الترك . فالمكلف بالامتناع عن فعل الحرام يجازى بالخير لامتناعه عن فعل الحرام .

٢- الممتثل للتكليف مطيع، والطاعة حسنة، والحسنة مستلزمة للثواب لقول الله تعالى﴿مَن جَاء بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا﴾[1]. واللافعل لا يكون من كسب العبد . وما لا يكون من كسب العبد لا يكون مُثاباً عليه لقوله تعالى ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾[2]. ومن ثم فإن عدم الفعل يمنع التكليف والعدم خارج مناط التكليف .

الخلاصة :

مما سبق نستطيع أن نقول أن للامتناع مفهوماً شرعياً واسعاً ليشمل المفهوم المختلط للامتناع فى القانون الوضعى – والذى نؤيده- إذ قد يتمثل الامتناع فى حالة حركة، متى كانت تلك الحركة مغايرة لما أوجبه الشرع على الممتنع[3] . وبمعنى آخر هو كف النفس عن الإتيان بما أوجبه المشرع. وكف النفس مقدور للمكلف لتعلق التكليف به . وذلك لا يتحقق إلا بالامتناع عن فعل أوجبه المشرع، لذلك اشترط جمهور الفقهاء ضرورة وجود واجب شرعى يستمد منه الامتناع كيانه الشرعى وحقيقة وجوده[4] .

---

(1) سورة الأنعام ، الآية١٦٠.

(2) سورة النجم ، الآية ٣٩ .

(3) د. إبراهيم عطا شعبان: النظرية العامة للامتناع فى الشريعة والقانون الجنائى الوضعى "دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – مايو ١٩٨١ – ص٨٣.

(4) د. رفعت محمد إبراهيم الشاذلى: النظرية العامة للامتناع فى الشريعة والقانون الجنائى الوضعى "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ص٨٣.

الباب الأول
أركان جريمة الامتناع

تمهيد:

سوف نبدأ من حيث انتهى الآخرون . وذلك بعد استقرار الفقه الحديث على التسليم بمساواة الامتناع مع الفعل لإحداث نتيجة ضاره (جرمها القانون) ... والخلاف ما بينهما على مفهوم الامتناع – كما سبق أن أوضحنا – المفهوم الطبيعى ، المطلق للامتناع ، وكذا الخلاف القانونى المقيد للامتناع ، بنص أو تعاقد مازال قائماً ما لم يحسم المشرع تلك المشكلة بنص قاطع .

المفهوم القانونى للامتناع يُكون شرعية الامتناع، وأنه يكون قد خالف نصاً قانونياً أو تعاقدياً لواجب ملزم ، ولكن مع خلافنا معه بمفهومه الضيق للواجب الملزم الذى حصره فى النص والعقد ... ورأينا الذى نطالب به عند صياغة نظرية الامتناع بتوسيع الواجب القانونى ليشمل الشرع والقانون ومبادئه العامة والأخلاق، وذلك لإعلاء شأن الفرد المتمثل فى حماية حياته وعرضه وماله، ولا يعلو شأنه إلا بعلو النص على جموده وعدم مرونته، كما الحال فى الشريعة الإسلامية .

لقد اختلف الفقه بشأن تحديد الشروط الواجب توافرها فى الامتناع لكى يكون صالحاً لإحداث النتيجة التى يجرمها القانون، بحيث يصبح متساوياً مع الفعل الإيجابى من حيث السببية فى إحداث النتيجة .

فذهب البعض[1] إلى أنها ثلاثة، هى الإحجام عن فعل معين، والواجب القانونى الذى يفرض إتيان الفعل، واتجاه إرادة الممتنع لإحداث النتيجة المترتبة على الامتناع، مع استمرار سيطرة الإرادة على كل مراحل الامتناع. أما إذا تجرد الامتناع أو الإحجام من الصفة الإرادية - كالنسيان - سقط الركن المعنوى فى الامتناع ، ومن ثم انتفت جريمة الامتناع.

وذهب البعض الآخر[2] إلى توافر ثلاثة شروط ، هى سبق وجود التزام بالتدخل ، وكون الامتناع إرادياً ، وتوافر رابطة السببية المباشرة بين الامتناع والنتيجة .

سبق أن عرفنا الامتناع بأنه "إحجام شخص معين إرادياً عن إتيان سلوك إيجابى معين متى كان ذلك بالمخالفة لواجب قانونى يفرض على الممتنع التزاماً بإتيان هذا السلوك".

وعلى ضوء هذا التعريف يمكننا تحديد عناصر الامتناع فى ثلاثة عناصر ، لكل واحد منها فصل مستقل :

الفصل الأول : الركن الشرعى فى جرائم الامتناع "الواجب القانونى".

الفصل الثانى: الركن المادى فى جرائم الامتناع "الإحجام عن الفعل" .

الفصل الثالث : الركن المعنوى فى جرائم الامتناع "الصفة الإرادية للامتناع" .

الفصل الأول
الواجب كركن مفترض فى جريمة الامتناع

تمهيد :

إن الكيان القانونى للامتناع - المعاقب عليه - لا يكتمل إلا بوجود واجب قانونى مُلزم للممتنع بإتيان فعل إيجابى معين، وبمعنى آخر يشترط المشرع لاعتبار الامتناع سلوكاً إجرامياً مساوياً للفعل الإيجابى أن يكون هناك واجب قانونى يقع على عاتق الممتنع الإتيان به، وإلا فإن الكيان القانونى لجريمة الامتناع لن يكتمل .

ومؤدى ذلك أن الامتناع يرتبط بالواجب القانونى، إذ يدور معه وجوداً أو عدماً، كما تدور العلة مع معلولها .

---

(1) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٩ وما بعدها ، ود. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٨٣.

(2) د. سليمان عبد المنعم: النظرية العامة لقانون العقوبات ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة ٢٠٠٠ ، ص ٤٨٠ وما بعدها.

إلا أن البعض[1] ذهب إلى أن اشتراط الواجب القانونى شرط لا معنى له، حيث أن تطلب هذا الشرط هو فهم غير دقيق لفكرة السلوك والسببية على حد سواء. فالسلوك يصبغ عليه الصفة الإجرامية عندما يتعارض مع واجب قانونى منبثق من أى نظام قانونى، وبغير هذا التعارض - سواء بين الفعل أو الامتناع - لا تقوم الجريمة . أى أن الواجب قائم من تلقاء نفسه فى الفعل أو الامتناع على حد سواء، ففكرة الواجب إذن دخيلة على السلوك ، والسبب فى اللجوء إليها الاستعاضة عن رابطة السببية فى جرائم الامتناع .

ومن جانبنا نرى أن هذا الرأى يتفق مع المفهوم الطبيعى للامتناع، ويتعارض مع المفهوم القانونى للامتناع، بل يتعارض مع المفهوم المختلط للامتناع- **والذى نؤيده**- فالامتناع الذى يجرمه القانون هو المخالف لواجب قانونى ملزم وبدونه تمتنع مساءلة الممتنع .

والواجب القانونى له مكانة **هامة** فى جرائم الامتناع، ونوضح ذلك من خلال استعراضنا للآتى :

المبحث الأول : الواجب فى القانون .

المبحث الثانى : الواجب فى الشريعة الإسلامية .

المبحث الأول
الواجب فى القانون

المطلب الأول
الخلاف الفقهى فى تحديد موضع الواجب القانونى
بين أركان جريمة الامتناع

<u>تمهيد</u> :

الواجب القانونى هو ذلك الالتزام الذى يكون مصدره قاعدة قانونية ملزمة أو آمرة .. وهو بهذا المعنى يختلف عن الواجب الأخلاقى وبينهما عدة فروق هامة نوجزها فيما يلى[2] :

١- القاعدة الأخلاقية تسمو بالإنسان إلى الكمال فى معاملاته مع الآخرين، وهى تتصل اتصالاً دقيقاً بضمير الإنسان، وغايتها تحقيق الخير على العموم . بينما القاعدة القانونية - وإن كان مصدرها أحياناً الأخلاق - إلا أنها تختص بسلوك الإنسان نحو الآخرين وتهتم به عند ظهور هذا السلوك مادياً فى العالم الخارجى .

٢- دائرة الأخلاق أوسع بكثير من دائرة القانون، وبالتالى فالقاعدة القانونية لا تشمل كل ما توجبه القواعد الأخلاقية، فالمشرع يختار ما يراه مناسباً وكافياً لحماية المجتمع من الفوضى، ويقرر جزاء للمخالفة .

٣- الجزاء على مخالفة القواعد الأخلاقية جزاء أدبى ، بينما الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية جزاء مادى يصيب الجانى فى بدنه وكرامته وحياته كما فى القتل .

٤- القواعد الأخلاقية تفترض الشهامة والنخوة والتضحية والإيثار ، بينما القواعد القانونية لا تفترض ذلك. ويظهر ذلك فى حالة من يشاهد غريقاً ولم ينقذه مع استطاعته ذلك . فقانوناً لا يمكن مساءلته جنائياً.

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد موضع الواجب القانونى بين أركان جريمة الامتناع، وينحصر الخلاف الفقهى بين اتجاهين . الأول – وهو السائد فى الفقه - ويذهب إلى أن الواجب القانونى عنصر فى الصفة غير المشروعة للامتناع، والثانى يذهب إلى أنه عنصر فى الامتناع ذاته .

---

(1) د جلال ثروت: نظم القسم العام فى قانون العقوبات، طبعة ٢٠٠٦، ص ١٥٣.

(2) د. شريف فوزى: جرائم السلوك السلبى فى الشريعة والقانون المقارن، ١٩٧٦ ، ص ٤٣.

الفرع الأول

الرأى القائل بأن الواجب القانونى عنصر فى الصفة غير المشروعة للامتناع

تمهيد :

فكرة عدم المشروعية تقوم على وصف الفعل بأنه مخالف للقانون، تعتبره ركناً فى الجريمة .

فالفعل يظل مشروعاً من الناحية الجنائية حتى يقرر المشرع أنه يهدر حقاً قانونياً أو يهدده بالخطر ، فيتدخل ليجعل منه فعلاً إجرامياً وذلك عن طريق نموذج قانونى لهذا الفعل، فإذا ما ارتكب شخصاً هذا الفعل صار فعلاً غير مشروع من الناحية الجنائية . ومن هذا المنطلق يمكن القول أن قوام الركن الشرعى أمران : الأول إيجابى وهو خضوع الفعل لنص يجرمه، والثانى سلبى يتمثل فى عدم وجود سبب قانونى لإباحته[1] .

والواقع أن هذه الفكرة مازال يكتنفها الغموض حتى الآن، ولم يتفق الفقه على كونها ركناً فى الجريمة يضاف إلى الركنين المادى والمعنوى كما ذهب البعض[2] ، كما وُجه نقد إلى هذه الفكرة باعتبار عدم المشروعية ركناً فى الجريمة، يستلزم معه القول بعدم توافر القصد ما لم يكن الفاعل عالماً بتجريم الفعل، وهذا يتعارض مع المبدأ الذى يقضى بأن الجهل بقانون العقوبات لا ينفى القصد الجنائى .

ويذهب الاتجاه السائد إلى اعتبار الواجب القانونى عنصراً فى الصفة غير المشروعة للامتناع. وتأسيساً على ذلك يمكن استخلاص عدم المشروعية من كافة القواعد القانونية، سواء من القانون الجنائى أو فروع القانون الأخرى، باعتبار أن قواعد التجريم فى نظرهم قد تنتمى إلى فروع أخرى من النظام القانونى، أو قواعد غير قانونية تفرض التزامات ويعاقب القانون على مخالفتها .

ويذهب الفقيه ببرنج[3] فى نظريته "القواعد" – إلى أن قواعد التجريم تنتمى إلى فروع أخرى من النظام القانونى، ولا تدخل هذه القواعد فى نطاق قانون العقوبات الذى يعتبره – بيرنج - يقرر جزاءات جنائية فقط ، ويمكن أن تتخذ هذه القواعد صور أوامر لها ذاتيه واستقلال عن قانون العقوبات .

وبمقتضى ذلك فإن الواجب الذى تفرضه هذه القواعد من النظام القانونى عنصر لازم لقواعد عدم المشروعية وتطبيقاً لذلك فإنه يمكن أن يكون مصدر هذا الواجب عملاً قانونياً كالعقد، أو مجرد عمل مادى كالفعل الضار إذا صلح أن يكون مصدراً منشئاً لواجب[4] ، وقد يستخلص من المبادئ العامة للقانون كالالتزام المفروض على الزوجين برعاية كل منهما الآخر .

نقد هذا الاتجاه :

ذهب – بحق- الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى إلى نقد هذا الاتجاه بقوله أن الصفة غير المشروعة تستخلص من نص التجريم، ولا تستخلص من أى قاعدة قانونية، بالإضافة إلى أن الامتناع غير متصور إلا بالقياس إلى واجب يفرضه.

ويقترب من هذا القول الفقيه الإيطالى جرسبينى (Grispigni) الذى يقرر أن نظرية الامتناع نظرية تنظيمية شرعية[5] وليست نظرية طبيعية، بمعنى أن الامتناع يلزمه سبق الالتزام بعمل، ومن ثم فلا يوصف سلوك إنسان بالامتناع إلا بالقياس إلى قاعدة آمرة .

وقد أخذ القانون الإيطالى بهذا الرأى، ونص فى المادة ٤٠ منه على أنه " الإحجام عن منع نتيجة حالة الالتزام

---

(1) د. فوزية عبد الستار: قانون العقوبات ، دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٢ ، ص ٥١.
(2) د. فوزية عبد الستار: قانون العقوبات ، دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٢ ، ص ٥٢ هامش رقم ٢.
(3) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٢٣٦ وما بعدها .
(4) د محمود نجيب حسنى: جرائم الامتناع والمسئولية الجنائية عن الامتناع ، دار النهضة العربية ، ص ٩٨ .
(5) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٢٣٨.

القانونى بمنعها يقوم مقام تسببها"[1].

وعلى سبيل المثال أيضاً لا وجود لنص قانونى يجرم امتناع الأم عن إرضاع طفلها ، فالواجب المفترض هنا هو الرضاعة، ويجد هذا الواجب مصدره فى قول الله تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾[2] ولكى يتحقق الموت للرضيع تمتنع الأم عن الواجب الملزم لها بالرضاعة، ومن ثم فإن الامتناع يخالف قاعدة آمرة تجرم القتل كنتيجة .

رأينا فى هذا الموضوع :

لا يمكن الفصل بين ماديات الجريمة - سواء تمثلت فى فعل أو امتناع – وبين عدم مشروعيتها . بل لابد من الجمع بينهما فى وحدة قائمة بذاتها باعتبارها تمثل الركن المادى للجريمة، والذى يتكون من الفعل أو الامتناع الذى يقع إخلالاً بالتزام قانونى ينشئه قانون العقوبات أو يقره، وتدخل فى بنيانه النتيجة الإجرامية الناشئة عن الإخلال بالالتزام القانونى.

وأياً كان الخلاف فى مسألة عدم المشروعية فإنه يجب التأكيد على أن عدم المشروعية ركن لازم توافره لتحقيق الجريمة، شأنه فى ذلك شأن الركن المادى والمعنوى. ولتوضيح ذلك فإذا ما تحقق ركنا الجريمة (المادى والمعنوى) ولكن لم يتم التطابق مع النموذج القانونى للجريمة، فلا جريمة إذن. كالجندى فى الجيش الذى يريد قتل ضابطه فى الظلام فإذا به أصاب جندياً من قوات العدو . فتوافر هنا ركن الجريمة وغابت المطابقة للنموذج القانونى، ومن ثم غاب ركن عدم المشروعية[3].

الفرع الثانى
الرأى القائل بأن الواجب القانونى عنصر
فى الامتناع ذاته

يرى هذا الرأى – ونحن معه- أن الواجب القانونى عنصر فى الامتناع ذاته، وأن الصفة غير المشروعة تستخلص من نص التجريم لا من القواعد القانونية . فالامتناع لا يتصور إلا بالقياس إلى واجب يفرضه .

والقاعدة القانونية هى التى تلزم الممتنع بإتيان فعل إيجابى معين، ومن ثم فهى تدور معه وجوداً وعدماً. وبمعنى آخر فإن السلوك السلبى لا يعد امتناعاً ما لم يكن مخالفاً لواجب قانونى . وهذا الواجب القانونى الملزم ليس عنصراً فى ركن عدم المشروعية . ومن ثم لا داعى لإثارة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات طالما لم يتعلق الأمر بتحديد الركن الشرعى[4] وإلا ينحصر مصدر الواجب القانونى فى قانون العقوبات والقوانين المكملة له، وهذا يخالف الحقيقة. والواقع أنه يمكن استخلاص هذا الواجب من أى قاعدة قانونية أخرى أو عقد أو عمل مادى ينتج عنه فعل ضار .... الخ .

---

(1) د. رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائى منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة ١٩٩٧ ، ص ٤٦٤ وهامش رقم ٢ فيما يتعلق بنص م ٢٣٨ من ق.ع التى تعاقب " كل من تسبب خطأ فى موت شخص آخر" وصيغتها أكثر اتساعاً ومرونة لتشمل الفعل الإيجابى والامتناع على السواء . بينما المادة ٢٣٤ من ق.ع صيغتها أضيق ولا تعنى سوى الفعل الإيجابى المفضى إلى الوفاة .

(2) سورة البقرة ، الآية ٢٣٣.

(3) د. إبراهيم عطا شعبان : المرجع السابق، ص ٢٣٤ .

(4) الرأى الغالب فى الفقه يذهب إلى أن الواجب القانونى عنصر فى الصفة غير المشروعة للامتناع بحجة أن الواجب القانونى شرط لثبوت الصفة غير المشروعة للامتناع أى عنصر يقوم الركن الشرعى لجريمة الامتناع (د.محمد أحمد مصطفى أيوب – النظرية العامة للامتناع ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٣ ص ٨٣) وقد أنتقد هذا الرأى لأنه يخلط بين فكرة الواجب القانونى وفكرة عدم المشروعية لأن الصفة غير المشروعة تستخلص من نص التجريم، ولأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يتحقق بانفراد قانون العقوبات بوضع النصوص الناهية عن الجرائم وتعزير عقوبات، وذلك من خلال تجريم الأنشطة التى تؤدى إلى هذه النتائج، سواء تمت بأفعال إيجابية أم سلبية، ويستوى فى ذلك الشأن أن الفعل أو الامتناع وقع بإخلال التزام يفرضه قانون العقوبات أو قوانين أخرى . مثل قوانين المهنة، كالطبيب الذى يخل بالتزامه إخلالاً جسيماً بما تفرضه أصول وظيفته ومهنته، أو كالشرطى، وغيرهما، فيؤدى ذلك الإخلال إلى جرائم كالقتل مثلاً . إلا أن القانون الجنائى قد أقر هذا الإخلال وأفرد له عقوبة . وهذا يؤكد عدم انحصار الواجب القانونى فى قانون العقوبات بمفرده والقوانين المكملة له .

هذا بالإضافة إلى أن فكرة الواجب القانونى أعم وأشمل من ناحية المصادر . وتأسيساً على ذلك ربما يكون مصدر الواجب القانونى قاعدة قانونية خارج قواعد التجريم، فمثلاً[1] المادة ١٦٦ من قانون الجزاء الكويتى نصت على أن "كل شخص يلزمه القانون برعاية شخص آخر عاجز عن أن يحصل لنفسه على ضرورات الحياة بسبب سنه أو مرضه أو اختلال عقله أو تقييد حريته، سواء نشأ الالتزام عن نص القانون مباشرة أو عقد أو عن فعل مشروع أو غير مشروع، فامتنع عمداً عن القيام بالتزامه وأفضى ذلك إلى وفاة المجنى عليه أو إصابته بأذى، يعاقب ".

ومن هذا النص تتعدد مصادر الواجب القانونى .

ومن جانبنا نرى أنه لما كانت الشريعة الإسلامية أحد مصادر التشريع - بل المصدر الرئيسى - لذا نطالب بتوسيع نطاق الواجب القانونى فى التشريع الوضعى، مثلما الحال فى الشريعة الإسلامية -كما سنرى فيما بعد- وذلك بهدف إحكام السيطرة على عدم إفلات الجناة من العقاب إذا لجأوا إلى أفعال سلبية غير منصوص عليها فى نصوص التجريم .

المطلب الثانى
مصادر الواجب القانونى

انتهينا إلى أن الواجب القانونى عنصر فى الامتناع ذاته، لأنه أعم وأشمل فى تعدد مصادره من القول بأن الواجب القانونى عنصر فى الصفة الشرعية للجرائم، مما يؤدى إلى حصر مصادر الالتزام القانونى فى قانون العقوبات والقوانين المكملة له ، وتأسيساً على ذلك تتعدد مصادر الواجب القانونى على النحو التالى :

١- قانون العقوبات والقوانين المكملة :

أى مصدر الواجب القانونى فى قانون العقوبات والقوانين المكملة له، إعمالاً لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص) ، وتطبيقاً لذلك فإن المساءلة الجنائية لشخص الممتنع تكون فى إطار القانون الجنائى والقوانين المكملة له، وخارج هذا لا يستتبع مساءلة الممتنع جنائياً، وإن جاز مساءلته وفقاً لمصدر الإلزام القانونى .

وقد رأينا أن هذا محل نقد، إذ جعل من قانون العقوبات - والقوانين المكملة - هو الوحيد الذى ينفرد بتحديد الجريمة والعقوبة المقررة له .

هذا وقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه، فقضت بعدم مسئولية صاحب فندق عن رفض استقبال نزيل وتركه فى الطريق العام معرضاً لخطر الموت، ورغم تسليمها بأن هذا الرفض يصدم الاعتبارات الإنسانية فإنها لم تسلم بمسئولية الممتنع بحكم انتفاء النص القانونى الذى يضع على عاتقه أى التزام قانونى[2] فى هذا الشأن .

والواقع أن هذا الرأى اعتنق مبدأ شرعية الجرائم، باعتبار أن التشريع مرجع لكل المسائل القانونية.

وفى رأينا : أن هذا اعتقاد خاطئ، لأنه تمييز للقانون الجنائى عن باقى القوانين الأخرى، باعتباره ينفرد بتحديد الجريمة وبيان عقوبتها - بينما فى واقع الأمر- قد يكون مصدر الواجب القانونى خارج القانون الجنائى، ويمتد إلى القانون المدنى والإدارى أو التجارى، بل إلى العرف أو الأحكام القضائية أو الإدارية، وكذلك المبادئ العامة للقانون أو الشريعة الإسلامية. فطالما لم يتعلق الأمر بالركن الشرعى لجريمة الامتناع فليس بلازم أن يكون قانون العقوبات هو المصدر الوحيد للواجب القانونى .

---

(1) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق ، ص ٢٣٩.

(2) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٢٤١ ، ود. رفعت الشاذلى: المرجع السابق، ص ٩٢.

٢- قانون الإجراءات الجنائية كمصدر للواجب القانوني :

إن بعض نصوص قانون الإجراءات الجنائية تعتبر مصدراً لواجب قانونى مثل م (٢٦ إ.ج مصرى) التى توجب على كل من علم من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة تبليغ النيابة العامة أو أقرب مأمور من مأمورى الضبط القضائى عن أى جريمة علم بوقوعها أثناء تأدية عمله أو بسبب تأديته.

وقد قضت محكمة النقض بأن هذا الواجب فى المادة السابقة يدخل ضمن واجبات وظيفتهم، ومن ثم يعرضهم للمساءلة التاديبية فى حالة المخالفة[1] .

٣- القانون الإدارى :

مثال ذلك التزام محولى السكة الحديد بتشغيل جهاز تحويل القطارات لمنع وقوع التصادم بين القطارات، وكالتزام عامل الإنقاذ فى الشواطئ لإنقاذ المصطافين وغيرهم من الغرق، ومثلها واجبات الطبيب والممرضة .

٤- قانون الضرائب (القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥):

مثال ذلك التزام التاجر بتقديم إقرار وتقديم الأوراق الضريبية لمأمور الضرائب عند طلبها للاطلاع عليها .. والتاجر الذى يوقف منشأته عليه الإبلاغ خلال تسعون يوماً لمصلحة الضرائب ..... الخ.

٥- قانون التجنيد :

حيث أوجب على من يتوافر فيه شروط أداء الخدمة الإلزامية تقديم نفسه وإلا يعتبر ممتنعاً عن أداء الخدمة العسكرية .

٦- القوانين المالية :

مثال ذلك ، على من يُرخص له بتصدير بضاعة إلى الخارج أن يستورد قيمتها فى مدى ثلاثة أشهر من تاريخ الشحن، وذلك بمقتضى نص م٤ من القانون ٨٠ لسنة ١٩٤٧ الخاص بتنظيم الرقابة على المنفذ .

٧- قانون الأحوال الشخصية :

كالواجب المفروض على المُطلق بتوثيق شهادة طلاقه لدى الموثق، وإعلان الزوجة بوقوع الطلاق إذا لم تكن حاضرة (مادة ٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩)، والواجب الشرعي المفروض على الأم بإرضاع طفلها والعناية به استناداً إلى قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2].

٨- العقد : كالتزام حارس الشيء بمنع السرقة والتزام الممرضة بالعناية بالمريض .

شبه العقد : كالفضالة ، كما فى التزام الطبيب المتطوع لعلاج مريض فاقد الوعى باتباع أساليب العلاج الكفيلة لمنع وفاته وتدهور حالته على الرغم من عدم موافقة ذويه .

---

(1) نقض جنائى ١٩٥٩/٦/١ الموسوعة الذهبية ج٦ فقرة ٢٥٧ نقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ١٨ رقم ٢٥٣ ص ١١٩٩.

(2) سورة البقرة ، الآية ٢٣٣.

٩- العمل المادي :

مثال ذلك من يحفر حفرة فى الطريق العام بترخيص، يقع عليه التزام بتنبيه المارة بأن يضع علامة أو مصباحاً أو أى تحذير لمنع السقوط فيها . وهذا ما يسمى بالعمل المادى المشروع .

وقد يكون العمل غير مشروع، كالسلوك الضار فى حالة إلقاء عقب سيجارة مشتعلة، فتؤدى إلى اشتعال النار فى مكان الإلقاء ، ينشأ عليه التزام بإطفائها .

مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض بأنه (لا نزاع فى أن تعجيز شخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً وتركه فى مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة بنية القتل تعتبر قتلاً عمداً، متى كانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال[1] ... وفى هذه الواقعة نشأ التزام على الفاعل بتقديم الطعام والعون للمجنى عليه .

١٠- العرف :

مثال ذلك العرف الطبى فى تحديد المسئولية الطبية المكلفة على عاتق الطبيب، قياسا على الواجب اتباعه عرفاً فى مثل هذه الظروف، أو بحسب المجرى العادة للأمور، وهو ما يعرف بالعرف المهنى .

١١- الأحكام القضائية :

مثال الأحكام القضائية الصادرة فى محيط الأسرة، سواء بتسليم الطفل لمن له الحق فى حضانته تنفيذاً لحكم قضائى م (٢٩٢) ق.ع والامتناع عن ذلك وكذا الحكم بسداد نفقة بموجب حكم قضائى لنص م ٢٩٣ ق.ع والامتناع عن ذلك .

الخلاصة :

تتعدد مصادر الواجب القانونى فيمكن أن تكون القواعد الجنائية أو الإدارية أو المالية أو التجارية أو الأحكام القضائية أو الأوامر الإدارية أو العرف. ويظهر ذلك عندما يقرر قانون العقوبات العقاب على جريمة تقع نتيجة إخلال بواجب قانونى مصدره قانون آخر، مثل الطبيب الذى أخل بما تفرضه عليه أصول مهنته من واجبات، فأدى الإهمال الطبى إلى نتيجة مؤثمة جرمها قانون العقوبات وفرض لها عقاباً . إذن ليس بلازم أن يكون قانون العقوبات هو المصدر الوحيد للواجبات القانونية، وإنما يجوز أن تكون القواعد القانونية غير الجنائية مصدراً لهذا الواجب وكذلك العقد والعرف والأحكام القضائية[2] . والعقاب الذى يقرره قانون العقوبات على جريمة تقع نتيجة إخلال بواجب قانونى، أو نشأة مصدراً آخر غيره يُعد ذلك إقراراً منه بهذا الواجب دون الحاجة إلى نص خاص . هذا ومن المتفق عليه أن مخالفة الواجب الأدبى أو الأخلاقى أو الدينى لا يرتب مساءلة جنائية – إذا ترتب على مخالفته نتيجة جنائية – فالقانون لا يهتم إلا بما يقرره من التزامات مهما كان هذا السلوك منافياً للعرف أو مبادئ الرحمة والإنسانية .

والنتيجة الحتمية لذلك أن من يشاهد أعمى على وشك السقوط فى بالوعة ولا ينقذه لا يتم مساءلته، وكذا من يشاهد طفلاً يعبث بأسلاك كهربائية عارية ولا يحذره ولا يمنعه فيصعقه التيار لا يتم مساءلته .

المطلب الثالث

مصادر الواجب القانونى فى القانون المقارن (القانون الألمانى)

تمهيد :

بديهى أن الامتناع المجرد - الذى يستغرق الركن المادى فى الجرائم السلبية البحتة - لا يستوجب حصر المسئولية

---

(1) نقض جنائي جلسة ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ، الجزء الرابع رقم ٢٨ ص ٢٧.

(2) يعيب العرف البطء فى تكوينه وتطوره، ولا يعد مصدراً أساسياً للواجبات القانونية إلا فى نطاق العرف المهنى ، وإذا ارتقى إلى مرتبة الإلزام القانونى .

الجنائية، لأن المشرع فى تلك الجرائم لم يعط النتيجة ثمة أهمية، وإنما تثور المسئولية الجنائية فى الجرائم السلبية ذات النتيجة.

وقد ساير الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى[1] القضاء الألمانى فى توسعه لتحديد مصادر الواجب القانونى على نحو ما سبق بيانه .... إلا أنه أورد ثمة قيوداً كى تنحصر المسئولية الجنائية الناشئة عن جرائم الامتناع ذات النتيجة فى النطاق المعقول إتيان فعل ، أما موضوع الثانى فهو الحيلولة دون حدوث نتيجة ؟؟

وقد استخلص القضاء من ذلك أنه إذا كان المتهم لا يحمل واجباً قانونياً بالحيلولة دون حدوث النتيجة ، وإنما كان يحمل – فى هذا الصدد- واجباً أخلاقياً فحسب ، فهو لا يُسأل جنائياً عن النتيجة إذا حدثت. وتطبيقاً لذلك ،قضى بأن الأم لا تحمل واجباً قانونياً بالحيلولة بين ابنتها البالغة التى لا تعيش معها فى المنزل العائلى وبين مقارفة أفعال تقوم بها جرائم ماسة بالأخلاق ، وبناء على ذلك لا تكون الأم مسئولة عن هذه الجرائم ، إذ إن ما تحمله فى هذا الشأن هو محض واجب أخلاقى .

مصادر الواجب القانونى :

توسع القضاء الألمانى فى تحديد مصادر هذا الواجب ، فلم يتطلب أن يكون مصدره نصاً فى قانون العقوبات أو فى قانون عقابى مكمل له ، أى أنه لم يشترط أن يكون ثمة جزاء جنائى لعدم الوفاء بهذا الواجب، وإنما أجاز القضاء أن يكون مصدر الواجب نصاً ما فى أى قانون ، كالقانون المدنى مثلاً. وتطبيقاً لذلك ، فقد اعتبرت الواجبات العائلية التى تفرض على الآباء والأمهات تقديم الرعاية والتهذيب إلى أبنائهم صالحة لكى تقوم بها جرائم الامتناع ذات النتيجة . وأقر القضاء كذلك ذات الأثر للواجبات التى يفرضها القانون المدنى على كل من الزوجين تجاه الآخر .

واعترف القضاء الألمانى بالواجبات التى تصدر عن لوائح ، سواء أكانت هذه اللوائح عامة، أم كانت مختصة بتنظيم بعض المهن أو الحرف .

وأجاز القضاء أن يكون مصدر الواجب القانونى "العرف" ، طالما توافرت له الشروط التى تجعله صالحاً كمصدر لقاعدة قانونية .

وأجاز القضاء كذلك أن يكون مصدر الواجب القانونى المبادئ العامة غير المكتوبة للنظام القانونى.

القاعدة القانونية مصدر غير مباشر للواجب :

إن القضاء لم يتطلب أن يكون المصدر المباشر للواجب القانونى قاعدة قانونية ، وإنما أجاز أن يكون مصدره "عملاً قانونياً" "كالعقد" ، أو "فعلاً مادياً" كالفعل الضار ، وفى الحالتين تكون القاعدة القانونية هى المصدر غير المباشر للواجب . وتطبيقاً لذلك[2] ، فإنه إذا كان العقد يفرض على أحد طرفيه واجباً تجاه الآخر ، فإن الإخلال بهذا الواجب قد تقوم به جريمة امتناع ذات نتيجة . وإذا كان الفعل الضار قد خلق احتمال حدوث نتيجة إجرامية ، فإنه يفرض على مرتكبه أن يأتى عملاً إيجابياً لاحقاً من أجل الحيلولة دون حدوث هذه النتيجة ، فإذا أحجم عن إتيان هذا الفعل ، فإن امتناعه تقوم به جريمة امتناع ذات نتيجة ، والنتيجة فى هذه الجريمة هى الواقعة التى خلق الفعل الضار احتمال حدوثها ، وتمثل سلوك المتهم فى امتناعه عن الحيلولة دونها . ويستوى لدى القضاء أن يكون الفعل الضار مصحوباً بالقصد الجنائى أو بالخطأ غير العمدى ، أو أن يكون مجرداً من الخطيئة ، وإنما يبحث عن الركن المعنوى لجريمة الامتناع ذات النتيجة فيما قد توافر لدى الممتنع من خطيئة لحظة امتناعه ، وهى بالضرورة لاحقة على لحظة إتيان الفعل الضار.

---

(1) د. محمود نجيب حسني: جرائم الامتناع والمسئولية الجنائية، سنة ١٩٨٦ ، دار النهضة المصرية ، ص ٧٤ وما بعدها .

(2) د محمود نجيب حسني: المرجع السابق ، ص ٧٥ .

الفرع الأول
القيود التى أوردها القضاء الألمانى على فكرة الواجب القانونى

إذا كان القضاء الألمانى قد توسع فى فكرة الواجب القانونى على الوجه السابق، فقد رأى أن يورد عليها قيوداً ، كى تنحصر المسئولية الجنائية الناشئة عن جرائم الامتناع ذات النتيجة فى النطاق المعقول.

وثمة قيدان أوردهما القضاء[1] :

فمن ناحية ، لا يكفى أن يوجب على عاتق المتهم واجب إتيان العمل الإيجابى الذى أحجم عنه، وإنما يتعين كذلك أن يوجب على عاتقه **واجباً ثانياً** بالحيلولة دون حدوث النتيجة الإجرامية التى تقوم بها جريمة الامتناع .

وقد اعترف القضاء لنفسه بسلطة تحديد نطاق الواجب القانونى المفروض على المتهم، وما إذا كان يقتصر على الفعل الإيجابى الذى أحجم عنه، أم يشمل كذلك الحيلولة دون حدوث النتيجة الإجرامية. ولهذا القيد أهمية كبيرة : فنصوص قانون العقوبات التى تنص على جرائم امتناع بسيطة لا تعتبر مصادر لواجبات قانونية تقوم بها جرائم امتناع ذات نتيجة ، ذلك أن النص فى هذه الحالة يقتصر على تقرير واجب بإتيان فعل، ولا يقرر واجباً بالحيلولة دون نتيجة .

وتوضيحاً لهذا القيد نشير إلى المادة ١٣٩ من قانون العقوبات الألمانى التى تعاقب بالحبس "كل شخص توافر لديه علم جدى موضع للثقة بوجود مشروع لارتكاب جريمة قتل ضد شخص معين ، فى وقت كان تفادى وقوع هذه الجريمة ممكناً" ، فأغفل مع ذلك إبلاغ السلطات المختصة أو المجنى عليه المحتمل بهذا الشروع"، فإذا امتنع المتهم بهذه الجريمة عن أداء واجب الإبلاغ المفروض عليه بقصد أن ينفذ مشروع القتل ، فإنه لا يسأل عن هذا القتل إذا نفذ ، ذلك أن القضاء فسر هذا النص على أنه يفرض مجرد الإبلاغ ، ولا يفرض الحيلولة دون موت المجنى عليه.

ومن ناحية ثانية ، فقد قرر القضاء أنه إذا كان مصدر الواجب القانونى العقد أو الفعل الضار ، فإنه يتعين أن يكون إبرام العقد أو ارتكاب الفعل قد أنشأ خطراً بالنسبة للمجنى عليه ، أو زاد من مقدار خطر كان معرضاً له من قبل ، فبهذا الشرط يلتزم بأن يأتى الفعل الذى من شأنه تفادى الخطر الذى أنشأه ، أو القدر من الخطر الذى أضافه ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط ، فإن المتهم لا يُسأل عن النتيجة التى أفضى إليها هذا الخطر. وتطبيقاً لذلك ، فإنه إذا أجرى المتهم تنفساً صناعياً لشخص مهدد بالموت غرقاً ، ثم امتنع عن الاستمرار فى عملية التنفس الصناعى ، فمات ذلك الشخص ، فإنه لا يكون مسئولاً عن موته .

الفرع الثانى
تطبيقات قضائية لجرائم الامتناع ذات النتيجة فى القضاء الألمانى[2]

نرى أن نقسم هذه التطبيقات إلى قسمين : فى القسم الأول ، نعرض تطبيقات لهذه الجرائم كان الامتناع فيها مخالفاً لواجب قانونى مصدره المباشر قاعدة قانونية. وفى القسم الثانى ، نعرض تطبيقات كان الامتناع فيها مخالفاً لواجب قانونى مصدره العقد أو الفعل الضار .

أولاً: الامتناع المخالف لواجب قانونى مصدره المباشر قاعدة قانونية :

القاعدة القانونية قد يكون مصدرها نص أو المبادئ العامة للقانون، وقد تختص القاعدة القانونية بالعلاقات العائلية ، ولكنها لا تقتصر بداهة على هذا المجال .

(1) د محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، نفس الصفحة.

(2) د محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٧٧ . وهامش رقم ١ ، ٢ ، ٣ .

ففى مجال العلاقات العائلية ، قضى بأن الأم - التى تلد ابنتها القاصرة فى المنزل العائلى - ملزمة بأن تقدم لطفل ابنتها العناية التى تقتضيها حالته ، والتى يتعين تقديمها إليه حتى يستمر على قيد الحياة ، فإذا أغفلت الأم أداء هذا الواجب، فمات الطفل ، كانت مسئولة عن موته مسئولية غير عمدية .

وقضى بأن الزوج يلتزم قانوناً وبحكم صفته كزوج بأن يمنع زوجته من ممارسة الدعارة ، فإذا امتنع عن أداء هذا الواجب كان مسئولاً عن جريمة تسهيل دعارة الغير ، وقضى كذلك بأن الأب - بوصفه رئيساً للبيت العائلى - يلتزم قانوناً بأن يحول دون أن ترتكب جريمة هتك العرض ضد فتاة قاصر تعمل خادمة فى هذا البيت وتعيش فيه ، فإذا امتنع عن أداء هذا الواجب كان مسئولاً عن جريمة حض القصر على الفجور .

المجال المهنى ، قضى[1] بأن ربان السفينة – بصفته وبناء على سلطته- يلتزم قانوناً بأن يمنع أفعال التهريب التى يرتكبها البحارة الذين يعملون تحت سلطته ، فإذا أخل بهذا الواجب كان مسئولاً عن جريمة التهرب من أداء الضريبة الجمركية .

ثانياً: الامتناع المخالف لواجب قانونى مصدره العقد أو الفعل الضار :

المفروض أن المتهم - بصيرورته طرفاً فى عقد أو إتيانه فعلاً ضاراً - قد وضع نفسه فى مركز قانونى معين، بحيث صار خاضعاً لمجموعة من القواعد القانونية أنشأت على عاتقه واجباً قانونياً بالحيلولة دون حدوث نتيجة إجرامية معينة ، فإذا أخل بهذا الواجب فحدثت هذه النتيجة كان مسئولاً عنها .

ففى المجال التعاقدى ، قضى بأنه إذا تعاقد المتهم مع أعمى على أن يقوده فى الطريق ويحميه من المخاطر التى قد يتعرض لها ، فامتنع عن الوفاء بهذا الواجب ، فأصيب الأعمى فى حادثة بجروح ، كان المتهم مسئولاً عن جريمة الإيذاء البدنى .

أما فى مجال الفعل الضار ، فإن الفرض أن الفعل الذى ارتكبه المتهم قد أنشأ خطر حدوث النتيجة الإجرامية ، فنشأ على عاتقه بالتالى واجب إتيان عمل إيجابى لتفادى هذا الخطر والحيلولة دون تحقق النتيجة . فإذا نكل عن إتيان هذا العمل ، فحدثت النتيجة، كان مسئولاً عنها باعتباره مرتكب جريمة امتناع ذات نتيجة .

وفى الغالب يكون الفعل الضار مصطحباً بالخطأ ، ولكن جريمة الامتناع ذات النتيجة تكون عمدية إذا اصطحب الامتناع بالقصد الجنائى . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا دخل المتهم فى بيت فيه كمية كبيرة من القش والحطب ، وكان يدخن غليوناً ، فاصطدم الغليون أثناء سيره بسلك ممتد فى البيت ، فتطايرت منه بضع شرارات أصابت القش فاشتعلت فيه النار ، فامتنع عمداً عن إطفاء هذا الحريق على الرغم من استطاعته ذلك ، كان مسئولاً عن حريق عمدى.

وقد يأتى المتهم بالفعل الضار ، وهو لا يعلم بالخطر المتولد عنه ، فإذا علم بعد ذلك بهذا الخطر ، كان عليه أن يأتى الفعل الإيجابى الذى يدفع به الخطر ، ويحول دون حصول النتيجة الإجرامية التى يهدد بحدوثها . وتطبيقاً لذلك ، قضى بأنه إذا أغلق شخص جناحاً فى بيت وكانت فى داخله امرأة عجوز لا يعلم بوجودها فيه ، فإنه يتعين عليه - بمجرد علمه بذلك - أن يسعى إلى فتحه وإطلاق العجوز منه ، فإذا لم يفعل ، فماتت أو أصيبت بأذى كان مسئولاً عن قتل أو إيذاء بدنى .

بل إن القضاء الألمانى يتقبل أن يكون الفعل الضار غير مصحوب بخطيئة ما ، ومع ذلك فإن مرتكب هذا الفعل يلتزم بإتيان الفعل الإيجابى الذى يدرأ الخطر الناشئ عن فعله الضار . وتطبيقاً لذلك ، قضى بأنه إذا صدم شخص بسيارته عموداً للتليفون فى الطريق العام ، ولم يكن ثمة خطأ منسوب إليه فى ذلك ، فمال العمود تجاه الطريق وصار مهدداً بالسقوط ، وصار محتملاً بالتالى أن يؤذى – فى حالة سقوطه- الأنفس أو الأموال فى هذا الطريق ، فإن هذا الشخص يلتزم قانوناً بالإبلاغ عن هذه الواقعة لتفادى ذلك الخطر ؛ فإن لم يفعل وحدثت من جراء ذلك نتيجة إجرامية ، كان مسئولاً عنها.

(1) د محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٧٨ - ٧٩ وهامش رقم ٣ ، ص ٧٩ هامش رقم ١-٢ .

ومن جانبنا نرى :

أولاً: مع تسليمنا بتعدد مصادر الواجب القانونى من قانون العقوبات أو القوانين المكملة، أى فروع القوانين الأخرى، أو العقد أو العرف أو العمل المادى الضار، فإن ذلك يخلق واجباً قانونياً فقط، ولا يتولد الجزاء الجنائى إلا إذا ترتب على مخالفة هذا الواجب نتيجة جنائية يمنع القانون تحققها، وهو ما يعنى التقيد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

ثانياً: القول بأن للقضاء سلطة تحديد نطاق الواجب القانونى فيه مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات، فوظيفة القضاء هى تطبيق القانون وتفسيره فقط، وليس له الحق فى إنشاء قواعد قانونية، فتلك مسألة من صميم اختصاص السلطة التشريعية .

المبحث الثانى
الواجب فى الشريعة الإسلامية

تمهيد :

الحكم الشرعى هو غاية علم الفقه وأصوله، وعلم الأصول ينظر إليه من وجهه وضع القواعد والمناهج الموصلة إليه ، وعلم الفقه ينظر إليه باعتباره استنباطه واستنتاجه بالفعل بتطبيق ما وضعه علم الأصول[1] .

والحكم - لغوياً - : له عدة معان، فمنها، يطلق على العلم والفقه مثل قوله تعالى ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا﴾[2]. أو ما يطلق على القضاء مثل قوله تعالى ﴿كَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَعِندَهُمُ التَّوْرَاةُ فِيهَا حُكْمُ اللهِ﴾[3].

والحكم - اصطلاحاً - : عند جمهور الأصوليين بأنه "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع"[4] .

١- خطاب الله :

وهذا التعريف يشتمل على عدة ألفاظ اصطلاحية، فيما يلى تفسيرها وبيان المقصود منها. فمن حيث خطاب الله فالمعنى توجيه الكلام المفهم إلى الغير والأدلة إلى عباده للعمل بموجبها لنيل سعادة الدنيا والآخرة، وقد تكون الأدلة قرآناً أو سنة .

٢- أما المتعلق بأفعال المكلفين :

فالمعنى ارتباط خطاب المولى عز وجل بهذه الأفعال للمكلفين، مما يدل على كون هذه الأفعال مطلوب فعلها، أو مطلوب الترك والامتناع عنها، أو التخيير بينهما . فمثلاً قوله تعالى ﴿ولا تقربوا الزنى﴾ حكم، لأنه خطاب من الله عز وجل ارتبط بفعل من أفعال المكلف - وهو الزنا - على وجه يبين صفته وهو أن الزنا مطلوب الترك.

والمكلف هو البالغ العاقل الذى لا يمنع من تكليفه مانع ، فالمولى عز وجل ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا﴾ . وعلى هذا، فإذا لم تتوافر شروط التكليف لوجود مانع من موانع التكليف فإن خطاب الله تعالى لا يكون متعلقاً بفعله.

٣- أما الاقتضاء :

الاقتضاء معناه الطلب ، والطلب قد يكون طلب فعل أو طلب ترك ، وكل منهما قد يكون جازماً أو غير جازم ،

---

(1) الإمام أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص ٢٣.
(2) سورة مريم ، الآية ١٢.
(3) سورة المائدة ، الآية ٤٣.
(4) د. أحمد فراج ، د. رمضان الشرنباصى ، أصول الفقه ، ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة ، ص ٣٢٧.

فطلب الفعل الجازم يسمى الإيجاب (الواجب)، وغير الجازم يسمى الندب، وطلب الترك الجازم يسمى (التحريم)، وغير الجازم يسمى الكراهية . وهذه هى الصور الأربعة للطلب .

٤- أما التخيير :

فمعناه التسوية بين فعل الشيء وتركه من غير ترجيح لأحدهما على الآخر، ويسمى إباحة . فالمكلف له أن يفعله أو لا يفعله، وهذه الأحكام الخمسة: الواجب، المندوب، التحريم، المكروه، الإباحة هى الأحكام التكليفية فى اصطلاح الأصوليين.

٥- الوضع :

لفظ يراد به الجعل على نحو خاص يعد خطاباً من الشارع، فى إطاره تنفذ الأحكام التكليفية ، وحقيقته أنه خطاب الله تعالى المتعلق بفعل العبد، لا بالاقتضاء والتخيير، ولكن بجعل الشارع الشيء سبباً لشيء آخر، أو ليس شرطاً فيه أو مانعاً منه أو صحيحاً، لأنه شيء وضعه الله فى شرائعه لإضافة الحكم إليه، ولتعرف به الأحكام التكليفية تسهيلاً على الناس.

وعلى هذا يمكن أن نقسم الحكم الشرعى إلى نوعين: تكليفى ووضعى، وهناك فرقان بينهما[1].

الفرق الأول : المقصود من الحكم التكليفى فعل أو ترك أو تخيير بينهما ، بينما هو فى الحكم الوضعى ربط سبب بمسبب وجعل شيء شرطاً لآخر، أو مانعاً منه، وليس فيه طلب ولا نهى ولا تخيير .

الفرق الثانى : الحكم التكليفى شرطه أن يكون مقدوراً للمكلف، أى فى وسعه أن يفعله وأن لا يفعله، لأنه لا تكليف بمستحيل لقول الله تعالى ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾. بينما الحكم الوضعى لا يشترط ذلك، بل يستوى أن يكون مقدوراً للمكلف أو غير مقدور، وأن يكون سبباً أو شرطاً أو مانعاً. ومثال المقدور الذى جُعل سبباً السرقة التى جعلها الله سبباً لقطع يد السارق، لأن فى استطاعة المكلف أن يسرق وألا يسرق، فهى فعل مقدور للمكلف. ومثال غير المقدور الذى جُعل سبباً القرابة التى جعلها الشارع سبباً للإرث وسبباً للولاية .

ويتضح من ذلك أن الواجب وهو محل بحثنا يكون فى إطار الحكم التكليفى . لذلك فسوف ينقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : الواجب وأقسامه .

المطلب الثانى : مصادر الواجب :

الفرع الأول : المصادر العامة للإلزام .

الفرع الثانى : المصادر الخاصة للإلزام .

أولاً: العقد .

ثانياً : العمل المادى والضار .

المطلب الثالث : المندوب :

الفرع الأول : درجاته .

الفرع الثانى : هل الترك يكون امتناعاً ؟

المطلب الرابع : مقارنة الواجب فى الشريعة والقانون .

---

(1) د. أحمد فراج حسين ، د. رمضان الشرنباصي: المرجع السابق، ص ٣٣٢.

المطلب الأول
الواجب وأقسامه

الفرع الأول
تعريف الواجب

تعريفه :

الواجب هو ما طلب الشارع فعله طلباً جازماً[1] بما يدل على حتم فعله. ويستفاد الحتم واللزوم إما من الصيغة نفسها كصيغة الأمر، مثل قوله تعالى ﴿فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ﴾[2]، ومثل قوله ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾[3]، ومثل قوله ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[4]. وقد يستفاد الحتم واللزوم من القرائن الخارجية التى تحف بالصيغة كترتيب العقوبة على الترك أو استحقاق اللعن على عدم الفعل .

حكمه :

يلزم الإتيان به ويثاب فاعله ويعاقب تاركه ويكفر من أنكره[5] إذا ثبت بدليل قطعى.

ومن المعلوم أن جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الفرض والواجب، فهما مترادفان بمعنى واحد عندهما، وهو ذلك الفعل الذى يُلزم شرعاً تاركه ولا يشترط ثبوته بدليل قطعى أو ظنى .

وعلى عكس ذلك فإن الحنفية جعلوا الواجب بمصطلح الجمهور على نوعين: فرض وواجب . فالفرض هو ما ثبت بدليل قطعى مثل الصلاة، والواجب هو ما ثبت بدليل ظنى مثل قراءة الفاتحة فى الصلاة، لثبوتها بحديث آحاد . وكذلك فعلوا فى الحرام، فما ثبتت حرمته بدليل قطعى سموه حراماً، وما ثبتت حرمته بدليل ظنى سموه مكروهاً.

وهذا الخلاف الذى بين الحنفية والجمهور لا يعتبر نظرياً، بل امتد إلى عدة فروع لها آثار فقهيه منها :

١- ترك القراءة فى الصلاة يبطلها، لأن أمر القراءة ثابت بدليل قطعى ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾[6]. وترك قراءة الفاتحة لا يبطلها لأن الحديث الآحادى عن النبى ﷺ (لا صلاة لمن لم يقرأ فاتحة الكتاب) دليل ظنى .

٢- من ينكر الفرض يكفر، فمن ينكر الصلاة والزكاة فقد كفر، لأنه كفر بدليل قطعى لا شبهة فيه .

وقد رُدَّ على الحنفية بأن هذه التفرقة لا أساس لها لما يأتى :

١- تخصيص الفرض بالمقطوع به فقط من باب التحكم ، لأن الفرض ورد فى اللغة بمعنى التقدير مطلقاً، سواء كان مقطوعاً به أو مظنوناً ، فتخصيص الفرض بأحد القسمين تخصيص بلا مخصص ، فيكون غير مقبول .

٢- إن كلمة "وجب" فى اللغة تأتى بمعنى ثبت فيقال : وجب الشيء وجوباً أى ثبت ثبوتاً، سواء كان مقطوعاً به أو مظنوناً.

٣- إن القول بالتفرقة بين ما يثبت بدليل قطعى وما يثبت بدليل ظنى يترتب عليه أن يكون للفعل الواحد حكمان مختلفان، أحدهما بالنسبة لنا، والثانى بالنسبة للصحابى، راوى الحديث، فبالنسبة لنا الفعل واجب لوجود الشبه فى صحة الدليل فى حقه، وعلى ذلك فيترك قراءة الفاتحة فى الصلاة تعتبر الصلاة باطلة بالنسبة للصحابى راوى

---

(1) د. أحمد فراج ، د. رمضان الشرنباصى: المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .
(2) سورة الحج ، الآية ٧٨.
(3) سورة البقرة ، الآية ١٨٣.
(4) سورة المائدة ، الآية ١ .
(5) د. زكى زيدان: الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، طبعة سنة ٢٠٠٣، ص ١٧.
(6) سورة الزمر ، الآية ٢٠.

الحديث﴿لا صلاة لمن لا يقرأ بفاتحة الكتاب﴾ لثبوت الدليل على وجه القطع فى حقه ، وتعتبر واجبة لا تبطل الصلاة بتركها بالنسبة لغيره لثبوت الدليل على وجه الظن ، وهذا أمر غير معروف فى الفقه الإسلامى .

٤- الحنفية قد خالفوا ما قالوا به، وذلك باستعمالهم الواجب فيما ثبت بدليل قطعى ، كقولهم الصلاة واجبة والزكاة واجبة ، واستعمالهم للفرض فيما ثبت بدليل ظنى كقولهم الوتر فرض .

ونحن نؤيد هذا الاعتراض لوجاهته وقناعته، فهذه التفرقة هى - كما قال الشيخ أبو زهرة فى كتابه أصول الفقه - هى تفرقة نظرية لا عملية، والدليل على ذلك أن الشافعية وغيرهم لا يتفاوتون فى الأدلة القطعية أو الظنية . وعلى ذلك فرأى جمهور الفقهاء هو ما نميل إليه ونرجحه .

الفرع الثانى
أقسام الواجب

الواجب فى الشريعة تتفاوت درجته فى التحريم بحسب المصلحة المحمية، ومن ثم تتفاوت درجة الامتناع عن الفعل المطلوب الإتيان به فى التحريم قوة وضعفاً، فمرتبة الواجب - وكذلك الامتناع عنه- تدور مع المصلحة قوة وضعفاً[1].

وتطبيقاً لذلك إذا طلب أداء أكثر من واجب فى وقت واحد قدم الأقوى مصلحة على غيره من الواجبات، فإنقاذ الغرقى مقدم على أداء الصلوات لأن ذلك أفضل عند الله[2]، ويستنتج من ذلك أن الممتنع عن إنقاذ الغرقى بحجة أداء الصلاة يؤاخذ على امتناعه مصداقاً لقوله تعالى ﴿وتَعَاوَنُوا عَلى البرِّ وَالتَّقوَى﴾[3] .

وينقسم الواجب إلى عدة تقسيمات لاعتبارات مختلفة نعرضها بإيجاز فيما يلى :

<u>١ - التقسيم الأول[4]: من حيث تعيين المطلوب وعدم تعيينه :</u>

أولاً: الواجب المعين : وهو ما كان المطلوب فيه متعيناً، كالصلاة والصوم وأداء الدين.

حكمه : المكلف به مطالب بأدائه بعينه، وإلا تبقى ذمته مشغولة به حتى يؤديه .

ثانياً: الواجب المخير : وهو ما طلبه الشارع مبهماً من أمور معينة، كأحد خصال الكفارة المنصوص عليها فى قوله تعالى ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[5]. فالواجب فى هذه الآية أحد ثلاث أمور، وتبرأ الذمة بأداء أى منها، بالإطعام أو الكسوة أو عتق رقبة، هذا عند الاستطاعة، وعند العدم يكون الصوم ثلاثاً.

حكمه : يجب فعل واحد فقط من الأمور التى جعلها الشارع تخييريه وإلا يؤثم عليها .

<u>٢ - التقسيم الثانى : من حيث وقت الأداء :</u> إلى مطلق ومؤقت .

أولاً: الواجب المطلق : وهو ما طلب الشارع فعله فى أى وقت ولم يقيده بزمن معين ، مثل أداء النذور والكفارات وقضاء رمضان وأداء الحج على ما ذهب إليه الحنفية .

---

(1)د..إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق ، ص ٢٦١.
(2) قواعد الأحكام فى مصالح الإمام للعز بن عبد السلام ، ط١ ، ص ١٦٣.
(3) سورة المائدة ، الآية ٢.
(4)د. أحمد فراج ، د. رمضان الشرنباصى: المرجع السابق ، ص ٣٣٨.
(5) سورة المائدة ، الآية ٨٩.

حكمه : جواز فعله فى أى وقت شاء المكلف .

ثانياً: الواجب المؤقت (المقيد) : والذى قيده الشارع بأدائه فى زمن معين، ولا يجوز الأداء قبله، وتأثيم المكلف بالتراخى عنه من غير عذر كالصلوات الخمس وشهر رمضان .

ويترتب على هذا التقسيم أن الواجب المؤقت (المقيد) يأثم المكلف بتأخيره عن وقته بغير عذر، لأن المطلوب فيه واجبان: فعل الواجب وفعله فى وقته ، فمن فعل الواجب بعد وقته فإنه فعل أحد الواجبين - وهو الفعل الواجب - وترك الواجب الآخر وهو فعله فى وقته ، بينما الواجب المطلق يستطيع المكلف أداءه فى أى وقت شاء .

والواجب المقيد له ثلاثة أنواع: الأول المضيق وهو الذى لا يتسع زمنه لغيره كصوم رمضان، والثانى الموسع وهو الذى يتسع وقته لفعله ولفعل غيره من جنسه مثل صلاة الظهر، وثالثهما الواجب ذو الشبهيين، وهو الذى لا يتسع وقته لأداء غيره من جهة، ويتسع لغيره من جهة أخرى، كالحج فوقته شوال وذو القعدة والعشر من ذى الحجة، فالمكلف لا يجوز له أن يفعل إلا حجاً واحداً، ومن جهة أخرى يتسع وقته مع أعمال الحج حيث أن أفعال الحج (مناسك الحج من الطواف والسعى والرمى) لا تستغرق كل الوقت المحدد له.

والواجب ذو الشبهيين حكمه حكم الواجب المضيق فى أنه يؤدى بمطلق النية .

٣- <u>التقسيم الثالث</u> : <u>من حيث المكلف بأدائه إلى عينى وكفائى</u> .

الواجب العينى :

هو ما طلب الشارع حصوله من كل واحد من المكلفين، فلا يكفى قيام البعض بأدائه لتبرأ ذمة الآخرين، لأن مناط التكليف فيه حصول الفعل من المكلف، مثل أداء الصلوات والزكاة والوفاء بالعقود .

الواجب الكفائى :

وهو ما طلب الشارع حصوله من جماعة المكلفين غير ناظر إلى من يفعله، وبمعنى أن مناط التكليف فيه حصول الفعل بغض النظر عن فاعله، مثل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والجهاد فى سبيل الله والصلاة على الأموات .... الخ.

والفرق بين الواجبين واضح من كون مطالبة الفاعل بذاته لفعل هذا الفعل فى الواجب العينى، فهو مطالب بأدائه بعينه، بينما فى الكفائى إذا أداه البعض سقط عن الآخر، فهو واجب كفاية لمن كانت عنده القدرة على الفعل . وبمعنى آخر أن المنظور إليه فى الواجب العينى ذات الفاعل والمنظور إليه فى الواجب الكفائى ذات الفعل .

وقد يطرأ على الواجب الكفائى ما يحوله إلى واجب عينى، فمثلاً ، إنقاذ الغريق فرض كفاية، إذا قام به القادرون سقط عن الباقين، وإذا لم يوجد سوى شخص واحد يجيد السباحة فيتعين عليه القيام بهذا الواجب، وينقلب فى حقه من كفائى إلى عينى[1].

٤ - <u>التقسيم الرابع</u> : <u>من حيث المقدار المطلوب به</u> :

أولاً: الواجب المحدد :

هو ما عين الشارع له مقداراً محدداً، بحيث لا تبرأ ذمة المكلف فيه إلا إذا أداه على ما عينه الشارع، وبالمقدار الذى حدده، مثل عدد الصلوات والركعات ، ومقدار الزكاة فى أنواع المال . والواجب المحدد تصح المطالبة به أمام القضاء إذا كان له مطالب من العباد كالديون مثلاً.

---

(1) د. أحمد فراج ، د. رمضان الشرنباصى: المرجع السابق ، ص ٤٥ .

ثانياً: الواجب غير المحدد :

وهو ما لم يعين الشارع له مقداراً، بل تركه لتحديد المكلف، مثل إطعام الجائع وإغاثة الملهوف والانفاق فى وجوه البر، وما شابه ذلك من كل واجب لم يرد عن الشارع نص فى تحديد مقدار الواجب منه. وهذا الواجب غير المحدد يدخل تحت إطار الكثير من جرائم الامتناع، والتى تظهر عند حماية الحقوق والمصالح المعتبرة شرعاً، باعتبار ذلك من مقاصد الشريعة .

والفرق بينهما، أن الواجب المحدد يكون ديناً فى ذمة المكلف من وقت وجوبه، وتصح المطالبة به، ولا تبرأ ذمة المكلف فيه إلا بالأداء، بينما الواجب غير المحدد لا تثبت ديناً فى الذمة إلا بالقضاء أو التراضى، ولا تصح المطالبة به لأنه مجهول، ولا تشغل به الذمة .

المطلب الثانى
مصادر الواجب الشرعى

تمهيد :

الامتناع المعتبر شرعاً وقانوناً هو ذلك الامتناع عن أداء واجب ملزم، فأهمية الامتناع تستمد من قوة إلزام هذا الواجب المحجم عنه، ويترتب على ذلك أن الامتناع ليس له وجود من ناحية المسئولية - سواء فى القانون أو فى الشريعة - إلا إذا كان الفعل المحجم عنه ملزماً ومفروضاً على الممتنع .

وهذا الواجب الشرعى يتسع لكل ما يطلبه الشارع سبحانه وتعالى من عبادة، ويكون فى الامتناع عنه إثم، أى أن الواجبات الشرعية تتسع لتشمل قواعد الأخلاق كما فى قوله تعالى ﴿خُذِ العَفوَ وَأمُرْ بالعُرْفِ وَأعْرِضْ عَن الجَاهِلِينَ﴾[1]. وكما فى قوله تعالى ﴿قَوْلٌ مَّعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِّن صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أذى وَاللهُ غَنِيٌّ حَلِيمٌ﴾[2]. ووصية النبى ﷺ لمعاذ بن جبل "أوصيك بتقوى الله ورحمه اليتم ولين الكلام وبدء السلام وخفض الجناح " . ولإثبات الامتناع فى حق الممتنع ينبغى البحث عن مصادر إلزام هذا الواجب الشرعى ، فضلاً عن أن الذى يهمنا فى مجال بحثنا هى تلك الواجبات الشرعية التى يجرى عليها الإثبات فى مجال القضاء لإسناد المسئولية القانونية والشرعية للممتنع على حد سواء .

ولذلك سوف ينقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : مصادر الإلزام العامة .

الفرع الثانى : مصادر الإلزام الخاصة .

الفرع الأول
المصادر العامة للواجب الشرعى
(أدلة الإلزام العامة)

المقصود بالمصادر العامة للواجب الشرعى فى الشريعة الإسلامية هى أحكام الشريعة الإسلامية التى تنشئ الواجبات العامة التى يلتزم بها الأفراد[3]. ومصادر الأحكام فى الشريعة الإسلامية هى الأدلة الشرعية المتمثلة فى الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان والمصلحة المرسلة والاستصحاب والعرف وشرع من قبلنا وقول الصحابى. والأدلة الأربعة الأولى ليست جميعاً فى درجة واحدة فى الاستدلال، إنما هو مرتبة على النحو التالى: الكتاب فالسنة فالإجماع

---

(1) سورة الأنعام ، الآية ١٩٩.

(2) سورة البقرة ، الآية ٢٦٣.

(3) د. محمد رفعت الشاذلى: المرجع السابق، ص ١١١.

فالقياس[1] .

وهذه الأدلة تنقسم إلى أدلة : أصلية، وهى التى لا تتوقف دلالتها على دليل آخر ، وهى القرآن والسنة، وأدلة تبعية، وهى: التى تتوقف دلالتها واعتبارها على غيرها، وهى ما عداهما .

كما تنقسم أدلة الأحكام إلى نقلية وعقلية . فالأدلة النقلية هى التى يكون طريقها النقل وليس للمجتهد نصيب فيها، وهى الكتاب والسنة والإجماع والعرف وقول الصحابى وشرع من قبلنا .

والأدلة العقلية هى التى يكون للعقل دخل فى تكوينها، بواسطة نظر المجتهد، وهى القياس والاستحسان والمصلحة المرسلة ، كما أن الأدلة النقلية تنقسم باعتبار دليل ثبوتها وباعتبار دلالتها على الحكم إلى أربعة أقسام وهى:

أولاً: أقسام الدليل باعتبار ثبوته :

١- **قطعى الثبوت :** وهو الذى نقل إلينا بطريق التواتر، من جمع تمنع العادة اتفاقهم على الكذب، أى ما كان سنده قطعياً مثل القرآن ، وكذلك السنة والإجماع إذا كان نقلهما بطريق التواتر .

٢- **ظنى الثبوت :** وهو الدليل الذى نقل إلينا عن راويه واحد، أو نقله جمع لا تمنع العادة اتفاقهم على الكذب، فإن سنده يكون ظنياً، بمعنى أنه يفيد الرجحان بثبوته كخبر الواحد والإجماع الذى لم ينقله جمع لا يبلغ حد التواتر .

ثانياً: أقسام الدليل باعتبار دلالته على الحكم :

١- **قطعى الدلالة :** وهو الدليل الذى يدل على الحكم دلالة قطعية، بأن كان لا يحتمل غيره، كدلالة النصف فى قوله تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾ على استحقاق الزوج نصف ميراث زوجته عند عدم وجود ولد لها، وكدلالة قوله تعالى : ﴿أقيموا الصلاة﴾ على وجوب الصلاة، وكدلالة قوله تعالى : ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾ على تحريم الزواج بالأمهات والبنات .

٢- **ظنى الدلالة :** وهو الدليل الذى يدل على الحكم مع احتمال غيره، بأن كان يدل على أكثر من معنى، كلفظ القرء فى قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾. إذ أن لفظ القرء يحتمل الحيض والطهر بحسب الوضع اللغوى، وكدلالة قوله ﷺ : ((لا صلاة لمن لا يقرأ بفاتحة الكتاب)) فإنه يحتمل أن يكون معناه أن الصلاة لا تكون صحيحة لمن لم يقرأ بفاتحة فى صلاته ، كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء، ويحتمل أن يكون معناه أن الصلاة لا تكون كاملة لمن لم يقرأ الفاتحة، كما ذهب إلى ذلك الحنفية .

<u>وبالنظر إلى ما سبق يتضح اتساع دائرة المصادر العامة للواجب الشرعى، والتى يستمد منها كون الامتناع ملزماً</u> .

فعلى سبيل المثال، التكليف الإلهى فى الآية الكريمة ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البرِّ وَالتَّقوَى﴾[2]، يلزم المكلفين واجبات متعددة حتى يتحقق الغرض منها ، فعلى سبيل المثال أيضاً أن من استطاع إنقاذ شخص من الهلاك وامتنع عن ذلك فهو آثم وواجب عليه الضمان . فقد ورد فى الشرح الكبير أنه يجب تخلي المستهلك من نفس أو مال لمن قدر عليه ولو يدفع مالا من عنده ويرجع به على ربه حيث توقف الخلاص على دفع المال ، وأنه إذا ترك تخليصه مع قدرته على إخلاصه بجاه أو مال حتى ضاع ذلك المال فإنه يضمن وهناك رأى لمالك أنه يقبل فى حال ترك الترك عمداً فى النفس[3] .

كذلك ورد أيضاً فى الشرح الكبير للدرديرى أنه إذا جرح إنسان جرحاً يخشى منه الموت، واقتضى الحال خياطته بفعله ضبط أو إمساكه ، وجبت على من كان معه ذلك، فإن ترك مداً فى إساءته ومات فإنه يضمن. وهاتان الصورتان تطبيق

---

(1) د. أحمد فراج ، د. رمضان الشرنباصى: المرجع السابق، ص ٢٧ .
(2) سورة المائدة ، الآية٢.
(3) الشرح الكبير لأبى البركات الدرديرى ، مطبوع مع حاشية الدسوقى جـ٢ مطبعة مصطفى محمود ، ص ١١١.

لقاعدة الضرر يجب أن يزال ، وأصل ذلك الحديث النبوى (لا ضرر ولا ضرار)[1] .

وغنى عن البيان أن من الواجبات ما يطلب معه كل فرد على حدة لا يجزئ عن ذلك قيام آخر عنه، مثل أداء الصلاة والصوم والزكاة والوفاء بالعقود . ومن الواجبات ما إذا أداه البعض سقط التكليف عن الآخرين، مثل إنقاذ الغريق وإطفاء الحريق والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

ويلاحظ أن دليل الإلزام العام قد يتحول إلى دليل إلزام خاص ، وذلك إذا تعين فرد لأدائه ، كما إذا قتل شخص آخر ولم يشهد عليه أحد سوى رجلين أصبحت الشهادة عليهما واجباً عيناً[2].

الفرع الثانى

المصادر الخاصة للواجب الشرعى

ومصادر أدلة الإلزام الخاصة تنحصر فى مصدرين: أولهما العقد والثانى العمل المادى .

أولاً: العقد :

يطلق العقد عند علماء اللغة على كل ما يفيد الربط والتوثيق والإلزام من جانب واحد أو من جانبين.

وعند فقهاء الشريعة :

المتتبع لكلام الفقهاء عن العقد يجدهم مختلفين فى معنيين، أحدهما موسع وهو معنى عام، والآخر ضيق وهو معنى خاص. وذلك يرجع إلى الاستعمال اللغوى لكلمة "عقد"، فقد يكون هو الربط بين أطراف الشىء أو يراد به الإحكام والتقوية . فمن توسع من الفقهاء فى إطلاق لفظ العقد إلى كل التزام لا يخلو من عهد والعهد يطلق على العقد . ومن ضيق فيه وقصره على أنه لا يكون إلا بين تصرفين صادرين من شخصين يرتبط كل منهما بالآخر . نظراً إلى أن معنى العقد فى اللغة الجمع والربط، وهذا لا يكون إلا بين اثنين .

والعقد عند اصطلاح الفقهاء "هو ارتباط القبول بالإيجاب شرعاً، على وجه يظهره أثره فى المعقود عليه[3] .

ومن هذا التعريف يتضح أن العقد لا يوجد إلا إذا توافرت العناصر الآتية[4] :

١- وجود طرفين (عاقدين) أما إذا كان طرفا واحداً فإنه لا يستطيع أن يبرم بإرادته وحده عقداً بناء على هذا التعريف .

وفى هذا المعنى يقول الشيخ أبو زهرة : إن العقد لا يكون إلا بين طرفين، وإذا كان من طرف واحد يكون التزاماً أو عقداً .

٢- صدور ما يدل على الرضا بين العاقدين ، ويتحقق ذلك بصدور ما يدل عليه من كلام، أو ما يقوم مقامه من إرشاد أو كتابة أو فعل .

٣- اتصال الإيجاب بالقبول على الوجه الذى رسمه الشارع .

٤- تقييد الارتباط بكونه مشروعاً ينبئ باشتراط مشروعية المحل (المعقود عليه).

فإذا كان غير مشروع فإنه لا يسمى عقداً، وذلك كما إذا قال شخص لآخر أجرتك على أن تقتل فلاناً مقابل أن أعطيك كذا ويقول الآخر قبلت ، فإن هذا الاتفاق - وإن كان صادراً بين طرفين عبرا عن إرادتهما بإيجاب وقبول - إلا أنه لا يتوقف عليه أثره لأنه انصب على محل غير مشروع .

٥- ظهور أثر ارتباط الإيجاب بالقبول فى المحل، أى لابد أن تكون هناك فائدة تترتب على هذا الارتباط ، فإن لم يكن ثمة فائدة لا يسمى عقدا، وذلك كما إذا كانت هناك قطعة أرض مناصفة بين طرفين على الشيوع ، فباع كل منهما نصيبه

---

(1) موطأ مالك ، كتاب الأقضية حديث رقم ١٤٢٩.

(2) د. شريف فوزى: المرجع السابق، ص ٦٣.

(3) د. أحمد فراج حسنين: الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المكتب العربى للطباعة ، طبعة عام ١٩٨٧ ، ص ٩٨ وهامش رقم ١ .

(4) د. رمضان الشرنباصى: المدخل لدراسة الفقه الإسلامى، طبعة ٢٠٠٨ ، ص ٣٦٨.

لشريكه بماله ، فإن هذا الارتباط - وإن كان صادراً بين طرفين بإيجاب وقبول على وجه مشروع - إلا أنه لا يفيد شيئاً ، ولا اثر له ، لأن كلا من الشريكين مالك لحصته على الشيوع، واتفاقهما لا يحمل معنى أكثر من ذلك .

وعلى الجانب الآخر لم يورد القانون المدنى تعريفاً للعقد، بل ترك ذلك لشراح القانون المدنى، وقد عرفه جمهوره " بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه" .

ومن هذا التعريف يتضح أهم الملامح الرئيسية، أو مكونات العقد المدنى من توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى معين، واتجاه الإرادتين إلى إحداث أثر قانونى، وهو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، وإن لم تتجه الإرادتان إلى ذلك فلا عقد.

وأخيراً يكون نطاق الاتفاق هو القانون الخاص، لأن القانون العام ولا الدستورى ولا الإرادى لأنه على سبيل المثال المعاهدات التى تتم بين الدول وهى اتفاقيات دولية نطاقها القانون الدولى، وقد يكون اتفاقاً بين الدولة والموظف فيما يسمى تولية الوظائف العامة ، نطاقه القانون الإدارى وهكذا .

مقارنة بين تعريف العقد فى الشريعة والقانون[1] :

الفرق بين التعريفين يظهر فى محورين: النطاق والأثر :

الأول : من ناحية النطاق :

نطاق العقد فى القانون يطلق على الاتفاق الخاضع لنطاق القانون الخاص وفى دائرة المعاملات المدنية، فلا يطلق على عقد الزواج، حيث ينظمه قانون الأحوال الشخصية ، بينما العقد فى الشريعة أوسع، حيث يطلق على كافة المعاملات المالية وعقد الزواج.

الثانى : من ناحية الأثر :

فأثر العقد قانوناً إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، ويعتبر هذا الالتزام نافذاً بمجرد انعقاد العقد كما فى البيع الذى ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، وأما فى الشريعة فالعقد ينتج بمجرد انعقاده صحيحاً، وهذا الحكم ينشأ مباشرة عن العقد دون فكرة أو اتخاذ ثمة إجراء آخر، سواء كان محل العقد منقولاً أو عقاراً. وإلى جانب هذا الحكم توجد حقوق العقد، وهو تعبير عن معنى الالتزام من وجهه الإيجابى، مثل الالتزام بدفع الثمن إلى البائع، بينما الالتزام فى الاصطلاح القانونى هو رابطة ما بين الدائن والمدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

وأخيراً ، نستنتج من هذه المقارنة أن مفهوم العقد فى الشريعة أوسع نطاقاً وأثراً من مفهوم العقد فى القانون، وكذلك حقوق العقد فى الشريعة بما يقابله من الالتزام فى المصطلح القانونى .

الوعد بالتعاقد :

هو الإخبار عن إنشاء المميز شيئاً فى المستقبل، مثل قول شخص لآخر سأعطيك مبلغاً مالياً لو حدث كذا، فالوعد يختلف عن العقد لأنه من إرادة واحدة .

وقد اتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بالوعد ديانة، لأن الوفاء بالوعد من مكارم الأخلاق ، غير أن جمهور الفقهاء لم يجبروا الواعد قضاء بوفاء الوعد .

وللمالكية قول مشهور فى ذلك، أن الواعد[2] يجبر على الوفاء بوعده قضاء، إن كان معلقاً على سبب وقام الموعود بالتنفيذ أو بالدخول فيه ، وهذا ما تأمر به الشريعة مصداقاً لقول الله عز وجل ﴿وَأَوْفُوا بِالعَهْدِ إِنَّ العَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾[3].

---

(1) د. أحمد فراج: المرجع السابق ، ص ١٠١ .
(2) د. أحمد فراج: المرجع السابق ، ص ١٠٤ .
(3) سورة الإسراء ، الآية ٣٤.

وقول المصطفى ﷺ " لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له" .

هذا وقد اعتبر القانون المدنى الوعد بالتعاقد ملزماً لصاحبه بإتمام التعاقد، وإن نكل عن وعده جاز للموعود له استصدار حكم من القاضى بتنفيذ الوعد، ويقوم حكم القاضى مقام العقد الموعود بإبرامه، ويرجع فى ذلك إلى نص المادتين ١٠١ ، ١٠٢ من القانون المدنى.

وأخيراً نود أن نشير أنه لا يجوز الوفاء بعقد أو وعد أو شرط مخالف شرعاً، مصداقاً لقول الله عز وجل ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ ولقول المصطفى ﷺ " كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل "[1] .

ثانياً: المصدر الثانى وهو العمل المادى :

قد يكون مصدر الالتزام المنشئ للواجب عملاً مادياً يلتزم المالك بمسلكه، سواء كان ذلك مشروعاً أو غير مشروع كالفعل الضار[2] .

مثال ذلك من يلقى بسيجارة مشتعلة فى كوم من القش تؤدى إلى اشتعال النيران والحرائق، وجب عليه لزاماً الإطفاء، وكذلك الحال فى مؤنه حفر الشرب الخاصة تكون على الشركاء لا على بيت المال، لأن منفعة الشرب خاصة بالشركاء، ومن ثم يكون مؤنه الحفر على الشركاء جميعاً، ومن يمتنع يجبر دفعاً لضرر بقية الشركاء .

وكذلك أيضاً فى حالة سقوط العلو بسقوط السفل، يضر مالك السفل، فإنه يجبر على إعادة البناء، وإن امتنع أجبر قضاء على البناء[3]، فضلاً عن أن لصاحب العلو أن يقوم ببناء السفل على نفقته وبدون توقف على أمر صاحبه وإذنه ليتوصل إلى بناء علوه، وله أن يستغله للحصول على ما أنفقه، ولا يمكن صاحب السفل من السكنى منه أو الامتناع به ما لم يدفع له قيمة البناء، وإنما جاز له ذلك لكونه مضطراً.

هذا وقد منعت الشريعة كلاً من صاحب السفل والعلو من العمل الضار الذى يلحق بالآخر، فإن فعله فعليه الضمان، وإن امتنع أجبر على دفع الضرر، وهذا تطبيقاً لقاعدة الضرر يزال والغرم بالغنم .

المطلب الثالث

المندوب

تمهيد :

معلوم أن المندوب أقل درجة من الواجب الأعلى رتبة، والمندوب هو من ضمن التكليفات الشرعية وإن تتفاوت درجاته، فهل يترك المندوب لتقوم حرية الامتناع؟ فهذا ما سنحاول توضيحه فيما يلى:

١ - تعريف المندوب :

المندوب لغة هو الدعاء إلى الفعل واصطلاحاً ما أمر به الشارع أمراً غير جازم[4] . وقد دل على اشتمال الأمر للمندوب قوله تعالى ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ﴾[5] ، وكذلك قوله تعالى ﴿وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[6]. فإن فعل الخير والأمر بالمعروف منه ما هو واجب ومنه ما هو مندوب .

---

(1) فهرس بن ماجه ، كتاب العتق ، حديث رقم ٢٥٢١.
(2) د. شريف فوزى : المرجع السابق ، ص ٥٨ .
(3) د. أحمد فراج : المرجع السابق ، ص ٩٣ .
(4) د. أحمد فراج ، د. رمضان الشرنباصى : المرجع السابق ، ص ٣٤٨ .
(5) سورة الحج رقم الآية ٧٧ .
(6) سورة لقمان رقم الآية ١٧.

والصحيح إن فعل المندوب أرجح من تركه، للثواب في فعله وعدم الثواب في تركه، وذلك دليل طلبه غير الجازم، كما أن التخيير فيه ليس مطلقاً .

٢- درجات المندوب :

وينقسم المندوب في درجاته أو أقسامه إلى ثلاثة ، ومندوب مؤكد فعله ، مندوب غير مؤكد فعله ، ومندوب يعد من الكماليات .

أ- مندوب مؤكد فعله :

ويسمى بالسنة المؤكدة وراتبه وسنه هدى ، وهي ما واظب عليها النبي ﷺ فلم يتركها وهي نوعان: سنة مؤكدة تكمل الواجب وتعد من شعائر الإسلام، كالأذان والإقامة وصلاة الجماعة والعيدين .

حكمه :

فاعله يستحق الثواب، وتاركه يستحق اللوم والعقاب، لكنه اللوم الذي لا يصل إلى حد العقاب الأخروي. والنوع الآخر سنة مؤكدة ليست مكملة للواجب ومن ذلك سن الرواتب وهي ركعتان قبل صلاة الفجر وبعد الظهر والمغرب والعشاء.

حكم هذا النوع :

فاعله يستحق الثواب وتاركه يستحق اللوم والعقاب .

ب- مندوب غير مؤكد فعله :

وضابطه عدم مواظبة النبي ﷺ على فعله ، بل فعله تارة وتركه تارة أخرى . ومثال ذلك التصدق على الفقراء والمساكين، والإشهاد على العقود، وكتابة الدين، والعمرة، وصلاة أربع ركعات قبل الظهر وقبل العصر، صيام يومي الاثنين والخميس من كل أسبوع .

حكمه :

فاعله مستحق الثواب وتاركه لا يلام ولا يعاقب .

جـ- مندوب من الكماليات :

وضابطه الاقتداء بالنبي ﷺ فيما كان يفعله في حياته بحكم العادة، مثل الاقتداء به في المأكل والمشرب والنوم والسير، وهذا النوع يسمى سنن الزوائد أو الأدب والفضيلة .

حكمه :

فاعله مستحق الثواب إذا قصد اتباع النبي ﷺ والاقتداء به، أما إذا فعل ذلك اتفاقاً أو عادة فلا يستحق الثواب، ومن تركه لا يستحق اللوم والعتاب ، لأن هذه الأمور ليست تشريعية[1].

هل المندوب مأمور به ؟

جمهور العلماء ذهبوا إلى أن المندوب مأمور به، لأنه طاعة والطاعة امتثال للأمر ، بينما ذهب بعض الحنفية مثل الكرخي والرازي إلى أن المندوب ليس مأموراً به إلا على سبيل المجاز، لقول النبي ﷺ " لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة" . وقالوا لو كان المندوب مأموراً به حقيقة لكان تركه معصية ، والمعصية معاقب عليها ، والمتفق عليه أن المندوب لا يعاقب الشخص على تركه .

---

(1) د زكي زيدان : المرجع السابق ، ص ٤٠ .

ونحن مع رأى الجمهور لأن العصيان اسم ذم مختص بمخالفة أمر الإيجاب وليس بمخالفة مطلق أمر ، ولمثل هذا يجب حمل الحديث الذى قيده بالمشقة، وهى لا تكون فى غير أمر الإيجاب[1] .

هل المندوب من أحكام التكاليف ؟

ذهب أبو اسحاق الاسفارينى من الشافعية وبعض العلماء أن المندوب من الأحكام التكليفية، وحجتهم فى ذلك أن التكليف طلب ما فيه كلفه ومشقة ، والمندوب مساو للمباح فى التخيير بين الفعل والترك من غير حرج، مع زيادة الثواب على الفعل .

والحقيقة أنه من أقسام التكليف باعتبار وجوب اعتقاده كونه مندوباً، وأنه لا يخلو من مشقة وكلفة، ومستحق للثواب عند فعله دون ترتيب الذم عند تركه، فهو طاعة والطاعة امتثال لأمر .

صفوة القول :

المندوب قسم من الأحكام التكليفية، وإذا كان من الجائز ترك بعض المندوبات فإنه ليس من الجائز تركها جمله، باعتبارها من هدى النبى ﷺ ، وكما قال الإمام الشاطبى فى الموافقات[2] إذا كان الفعل مندوباً بالجزء كان واجباً بالكل، مثل الأذان وصلاة الجماعة والعيدين وصدقة التطوع .

هل يكون ترك المندوب جريمة ؟

فضيلة الإمام محمد أبو زهرة -رحمه الله- أجاب على هذا التساؤل بقوله " لا تكون جريمة فى ترك المندوب، إلا إذا تكاثر الترك وتضافر، حتى صار تركاً بالكل وليس تركاً بالجزء"[3].

وعلى ذلك إذا اتفق أهل بلد أو قرية على ترك سنن الآذان والإقامة وصلاة الجماعة والعيدين، يجب على ولى الأمر قتالهم، لاستهانتهم بإعلان شعائر الإسلام المكملة لواجباته[4].

والتعزير يجب على ترك المندوب، لأن ذلك فى صلاة الجماعة ولأن المندوب داخل فى الأمر[5] .

المطلب الرابع
مقارنة الواجب فى الشريعة بالواجب فى القانون

تمهيد :

الامتناع المعاقب عليه فى الشريعة والقانون هو ذلك الذى وقع إخلالاً لواجب معين ، ويتفقان أيضاً على أن الفعل المأمور به لابد أن يكون فى استطاعة الممتنع الإتيان به أو الإحجام عنه، وذلك التزاماً بالآية القرآنية ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ والمبدأ القانونى "لا التزام بمستحيل" .

وإذا كان هذا هو الاتفاق بينهما، إلا أن هناك خلافاً بينهما من حيث نطاق الواجب ، فبينما هو يتسع فى مجال الشريعة نجده أضيق فى مجال القانون، وتفصيل ذلك فيما يلى :

١- النطاق الضيق للواجب القانونى :

فقهاء القانون اختلفوا فيما بينهم بحصر مصادر الواجب فى نصوص قانون العقوبات، ومن ثم يكون الامتناع المخالف لواجب قانونى غير خاضع لنصوص قانون العقوبات ولا يرتب مساءلة جنائية، ومن ثم لا يعتد بالجريمة ، بينما

---

(1) د. زكى زيدان : المرجع السابق ، ص ٤١.
(2) الموافقات لأبى اسحاق بن موسى الشاطبى ، ص ١٣٢.
(3) الإمام أبو زهرة: المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .
(4) د. أحمد فراج ، د. رمضان الشرنباصى : المرجع السابق ، ص ٣٤٩ ، وهامش رقم ٢ .
(5)د. عبد العزيز عامر: التعزير فى الشريعة الإسلامية ، ص ٦٤ .

نجد الرأى الآخر – والذى نؤيده- يقر باتساع نطاق دائرة الواجب وليستمد من العمل القانونى كالعقد أو العرف أو الأحكام القضائية أو اللوائح الإدارية ، أو العمل المادى كالفعل الضار .

وهذا الواجب لا يمكن أن ينشأ عن قاعدة أخلاقية أو دينية، لأن المعتبر والذى يعتد به القانون هو الواجب الذى مصدره قاعدة قانونية . بينما نجد فى الشريعة الإسلامية الواجب الدينى من حيث الإثم كالواجب القانونى أو القضائى لأن الدين والأخلاق يأمران الناس بنجدة غيرهم، وتقديم العون لهم ودفع الضرر عنهم ، وتطبيقاً لذلك فإن من يشاهد أعمى على وشك السقوط فى حفرة فيمتنع عن تحذيره قاصداً قتله فإنه يقع تحت الإثم بالنسبة للشريعة، ولا يقع تحت العقاب بالنسبة للقانون الجنائى .

٢- النطاق الواسع للواجب الشرعى :

تتصل الشريعة اتصالاً وثيقاً بقانون الأخلاق، فى حين أن القانون لا يقيم وزناً للجرائم الخلقية التى تقع بالمخالفة لقاعدة أخلاقية[1].

ففى الشريعة يجازى كل امرئ بما صنع : قال تعالى ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ، وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾[2]، وإن كانت تنهى عن التجسس لمعرفة الجرائم التى يظن وقوعها امتثالاً لقوله تعالى ﴿ولا تجسسوا﴾[3] . بينما تجيز التحرى لمعرفة المتهم فى جريمة وقعت بالفعل امتثالاً لقول الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا..﴾[4] . وهذا التقسيم الذى قسمته الشريعة إلى جرائم يجزى عليها حكم القضاء فى الدنيا، وجرائم تخضع لحكم الديان، هو المنهاج الذى يقرره علماء الأخلاق[5].

ولقد جاءت الشريعة الإسلامية بواجب عام هو الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ ﴾[6]. فواجب الإلزام بالمساعدة يقتضيه أعباء الدنيا، خاصة مع تطور الحياة الاقتصادية والتكنولوجية وتضاؤل التضامن الاجتماعى أمام الأخطار الناجمة عن التقدم المذهل فى العصر الحالى .

فالمسلم إذا رأى اعوجاجاً فى المجتمع وكان قادراً على دفعه فليفعل " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان ". ومن ثم فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجب كفائى على الأفراد، وفرض من فروض الإسلام لابد من القيام به وعدم الامتناع عنه .

وأخيراً، فإن الشريعة الإسلامية دين وقانون، ومن ثم فإن الواجب القانونى فى الشريعة مرتبط بعقيدة المسلم ارتباطاً وثيقاً، ومصدره الوجدان الدينى لدى المسلم وفطرته السليمة التى فطر الله الناس عليها ، وهذا الارتباط يجعل المسلم مقدماً إلى أداء كل الواجبات والمطلوبات الشرعية، لينال الأجر والثواب من الله عز وجل فى الدنيا والآخرة ، ومن ثم يظهر ذلك الفارق الواضح والكبير بين شخص تربى على أحكام الشريعة وآخر تربى على الخوف من القوانين[7].

---

(1) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق ، ص ٢٧٩ .
(2) سورة الزلزلة : الآيتين ٧ ، ٨.
(3) سورة الحجرات ، الآية ١٤.
(4) سورة الحجرات ، الآية ٦.
(5) الإمام أبو زهرة: المرجع السابق ، ص ٥٥ .
(6) سورة المائدة ، الآية ٢ .
(7) د. إبراهيم عطا شعبان : المرجع السابق ، ص ٢٨٥.

الفصل الثانى
الركن المادي لجرائم الامتناع

تمهيد :

القاعدة انه لا جريمة بدون ركن مادي، فالركن المادي للجريمة هو مظهرها الخارجي أو هو الماديات المحسوسة في العالم الخارجي كما حددتها نصوص التجريم فكل جريمة لا بد لها من ماديات تتجسد فيها الإرادة الإجرامية لمرتكبها[1].

مؤدى ذلك أن النوايا والمعتقدات والأفكار الداخلية المكنونة والتى لم تظهر إلى العالم الخارجي بمظاهر خارجية مادية محسوسة هى جميعها تخرج عن دائرة التجريم والعقاب، ذلك أن مجرد الإيمان بفكرة إجرامية أو التصميم عليها لا يرقى بها إلى مرتبة الأعمال المادية التى تستحق التجريم[2]، وهذا هو ما كفلته المادة ٤٧ من الدستور المصرى إذ نصت على أن "حرية الراى مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون، والنقد الذاتي والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني".

ولكن منذ اللحظة التي تخرج فيها هذه الأفكار الحبيسة إلى العالم الخارجي وتتجسد في ماديات ومظاهر خارجية يتصدى لها القانون الجنائي ويعاقب عليها إذا تطابقت مع أحد نصوص التجريم، إما لأنها تكون قد أهدرت مصلحة اجتماعية جديرة بالحماية، أو على الأقل عرضت تلك المصلحة لخطر الاعتداء عليها.

ويتكون الركن المادي للجريمة كقاعدة عامة من عناصر ثلاثة: السلوك (ويتمثل في الإحجام عن الفعل في جرائم الامتناع) والنتيجة وعلاقة السببية ما بين السلوك والنتيجة.

المبحث الأول
الإحجام عن الفعل

الإحجام فى جوهره هو عدم إتيان فعل إيجابى واجب محدد فى ظروف معينه تتطلب فعله للمحافظة على حق أو مصلحة يحميها القانون . فالامتناع هو موقف سلبى يتمثل فى عدم إتيان فعل إيجابى يجب قانوناً إتيانه فى ظروف معينه قدرها الشارع لمنع عدوان أو حماية حق أو مصلحة مشروعة .

ومن أمثلة ذلك : رجل الإطفاء الذى يمتنع عن إطفاء النيران رغبة فى الانتقام من غريمه الذى أحاطت به النيران، أو عامل الإنقاذ على الشواطئ الذى شاهد غريمه يغرق وهو يستغيثه فلا يجيبه مع قدرته على إنقاذه .

ويتضح من ذلك أن الامتناع هو حكم على سلوك إيجابى (بالقياس) كان يفترضه وينتظره الشارع لمنع النتيجة التى يهدف القانون ويسعى إلى عدم تحققها .

وهذا السلوك الإرادى السلبى المتمثل فى الإحجام عن فعل واجب معين فى ظروف معينه افترضها الشارع تستلزم بيان ما يلى :

المطلب الأول : ماهية الفعل الواجب .

المطلب الثانى : ماهية الظروف المعينة المحيطة بالفعل الواجب .

المطلب الثالث: أنواع الإحجام .

---

(1) د. فتوح على القهوجي، د. فتوح الشاذلي: شرح قانون العقوبات القسم العام، ٢٠٠٤، ص٢٥٠.

(2) د. على راشد: المرجع السابق، ص٢٦٣.

المطلب الأول
ماهية الفعل الواجب (التحديد الموضوعى للفعل)

تمهيد :

الامتناع يتمثل فى الإحجام عن (الفعل) الإيجابى الواجب إتيانه فى ظروف محددة افترضها الشارع لمنع نتيجة يمنع القانون تحقيقها ، ومن ثم فالامتناع له كيان مادى ملموس، ويظهر ذلك من خصائص هذا الفعل، أو بالأحرى من طبيعة هذا الفعل، فقد يفترض المشرع ذاتية معينة للفعل، وقد يفترض الفعل الكلى دون الجزئى أو تعدد الأفعال .

١ ـ ذاتية الفعل :

أى أن المشرع حدد فعلاً معيناً بذاته ودون سواه لصيانة حق أو حماية مصلحة فى نظر القانون أو الشريعة[1] ، ومن ثم يجب على الممتنع إتيان هذا الفعل لذاته لا لغيره .

فمثلاً : جريمة امتناع الأم عن إرضاع وليدها، فالفعل المطلوب لذاته هو (الإرضاع) وليس فعل سواه . وكذا جريمة امتناع الشاهد عن الشهادة ، فالفعل المطلوب لذاته هنا هو (الإدلاء بالأقوال المتعلقة بوقائع الدعوى المنظورة أمام القضاء) وليست أقوالاً سواها .

٢ـ الفعل الكلى :

قد يتطلب المشرع إتيان الفعل كلياً لا جزئياً . ومن ثم إذا قام الممتنع بأداء جزء منه دون كل الفعل يكون الأمر الذى يتكون معه الركن المادى للامتناع ، أما إذا أدى الفعل كلياً فلا قيام للركن المادى للامتناع.

فعلى سبيل المثال ، فى جريمة خيانة الأمانة إذا رد الجانى جزءاً من المال واستبقى الجزء الآخر فإنه تقوم فى حقه جريمة خيانة الأمانة، وذلك لأن الفعل المطلوب هو أداء الأمانة كاملة دون نقص .

٣ـ تعدد الأفعال :

وقد يكون الفعل المطلوب إتيانه ليس محدداً، وإنما خاضعاً لتقدير الرجل العادى فى مثل هذه الظروف المعينة التى افترضها الشارع .

فمثلاً : الرجل الذى يمر وسط الزراعات وشاهد طفلاً رضيعاً أو رجلاً قعيداً والنيران مشتعلة فى كوم من القش تهدد حياتهما فهو الآن مخير (حسب الظروف) ما بين إبعاد الطفل الرضيع أو الرجل القعيد، أو إطفاء النيران بماء من مصدر قريب، أو الاستغاثة بآخرين، فهذه أفعال تخييرية تركها المشرع لظروف الحال وفقاً لما يقتضيه المجرى العادى للأمور .

المطلب الثانى
ماهية الظروف المعينة المحيطة بالفعل المُحْجم عنه

هذه الظروف قد تكون ظرفاً زمنياً أو مكانياً أو شخصياً، وربما تجتمع معاً. ولتحديد زمان ومكان الفعل وشخص الفاعل أهمية كبيرة فى بيان جوهر الامتناع لتحقيق الركن المادى، وسوف نوضح ذلك فيما يلى :

أولاً: التحديد المكانى للفعل الواجب :

قد يتطلب المشرع أداء فعل واجب فى مكان معين حدده سلفاً، بحيث لو أدى الممتنع هذا الفعل فى مكان آخر

---

(1) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق ، ص ٩٠ .

لأصبح ممتنعا، فهذا المكان هو بمثابة وعاء لتنفيذ الالتزام الذى فرضه المشرع على عاتق الممتنع ، وهو ما يعنى بتحديد **الاختصاص المكانى للفعل** . وتظهر أهمية ذلك فى الجرائم ذات الامتناع المجرد، أى التى جرمها المشرع لمجرد الإحجام (السلوك الممتنع) ولم يتطلب النتيجة فى هذه الجرائم .

وتطبيقاً لذلك حُكم فى فرنسا[1] بعدم اختصاص المحاكم الفرنسية عن محاكمة سيده إنجليزية امتنعت فى إنجلترا عن تقديم طفلها إلى والده المقيم فى فرنسا حين ذهب لزيارته بإنجلترا ، فامتنعت، فاختصما أمام المحكمة الفرنسية، إلا أنها رأت أن السلوك السلبى (الإحجام عن تمكين الأب من رؤية ولده) المكون لجريمة الامتناع وقع فى إنجلترا وليس فرنسا، ومن ثم لا اختصاص لها ، فالعبرة فى تحديد المحكمة المختصة مكانياً بجريمة الامتناع هى المحكمة التى كان يجب أن يؤتى فى دائرتها الفعل الإيجابى[2] ، إلا أن ذلك لا يثور فى الجرائم ذات النتيجة، حيث ينعقد الاختصاص لمكان السلوك وأيضاً لمكان تحقق النتيجة ، كما فى حالة امتناع السجان أو الممرضة عن تقديم الطعام أو الأدوية إلى السجين أو المريض الذى نقل إلى المستشفى لعلاجه ثم توفى، فينحصر الاختصاص لمكان السلوك وتحقق النتيجة .

ثانياً: التحديد الزمانى للفعل الواجب :

والواقع أن عنصر الزمان فى جريمة الامتناع من الأهمية بمكان إذ إنه عنصر لوجودها[3] لأنه لابد من وقت معين يلزم أن يتم خلاله النهوض بالواجب القانونى الملقى على عاتق الممتنع . فإذا كان الواجب القانونى معيناً وقتاً محدداً للنهوض به فالتقاعس عن ذلك فى ذات الوقت يحقق جريمة الامتناع . كما فى إغفال حارس مزلقان السكة الحديد عن إغلاق الممر حال مرور القطار .

وتأسيساً على ذلك هناك جرائم ذات امتناع وقتية، وجرائم ذات امتناع مستمرة .

وكمثال للجرائم السلبية الوقتية فإن عدم تقديم الشهادة الجمركية فى موعد لا يتجاوز ستة شهور من تاريخ استعمال الاعتماد، أو دفع قيمة البضاعة المستوردة يمثل جريمة وقتية تقع بحلول أول يوم يلى مدة الستة أشهر (م ١ من القرار الوزارى رقم ٧٥ لسنة ٤٨ ، م ١ ، ٩ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧) . ومن هذا اليوم تحتسب مدة تقادم الدعوى[4] ، فهنا حدد القانون للوفاء بالالتزام تاريخاً معيناً .

وأيضاً جريمة تعمد عدم تنفيذ كل أو جزء من الالتزامات المفروضة فى زمن الحرب، ففى عقد توريد أو أشغال (م ٨١ م عقوبات مصرى) فتكون الجريمة واقعة فى اليوم الذى كان واجباً فيه توريد الشيء أو تسليم العمل. ومثال للجرائم السلبية المستمرة كاستمرار الامتناع عن تسليم طفل إلى من له حق فى حضانته عن طلب التسليم ، إذا استمر الامتناع عن دفع النفقة لمدة ثلاثة شهور كما فى النموذج القانونى للمادة ٢٩٣ ق.ع مصرى لمن صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة الزوجة أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه ....الخ).

ثالثاً: تحديد شخص الفاعل للفعل الواجب :

قد يكون الفعل الواجب الذى فرضه المشرع على شخص ما بعينه دون غيره لا يقبل النيابة من غيره ، وهو ما يعتبر شخصياً محضاً مثل الالتزام بأداء الخدمة العسكرية .

وقد يكون غير شخصى، بمعنى قبول الالتزام من غير الممتنع، فمثلاً فى جريمة نفقة الزوجة أو الأسرة ، قد تقبل الزوجة النفقة من كفيل ارتضته هى، وذلك طبقاً لنص م ٢٩٣ ق.ع مصرى ، ومن ثم فالأداء يقدم من الغير، وتنتفى جريمة

---

(1) Case 27 OCT . 1966. ReV . SC. Crim 1967.P.438 .

(2) د . محمود مصطفى : شرح قانون الإجراءات الجنائية طبعة سنة ١٩٧٦ رقم ٢٦٤، ص ٣٤٩.

(3) د. رمسيس بهنام : المرجع السابق ، ص ٦١٨ . ود. عبد الفتاح الصيفى : المرجع السابق ، ص ١٦٢.

(4) نقض ١٩ فبراير سنة ١٩٦٣ ، مجموعة أحكام النقض س١٤ رقم ٢٩ ص١٣٥.

الامتناع إذا قدم الممتنع كفيلاً أدى النفقة المستحقة كاملة، وارتضته المحكوم لها بالنفقة .

المطلب الثالث
أنواع الإحجام

<u>تمهيد :</u>

إن الخلاف الفقهى حول أنواع الإحجام مرجعه التعريفات المتعددة للإحجام، فإن كان تعريفه بالترك أو الإهمال أو التقاعس ، فإننا نرى كلها مترادفات لمدلول واحد . وسوف نعرض بإيجاز شديد للخلاف الفقهى ، ثم معيار التمييز بين جرائم الامتناع، ثم تقسيمات الامتناع والأثر القانونى المترتب على التمييز .

**** الخلاف الفقهى :**

يرى البعض أن الإحجام يمكن أن ينقسم إلى نوعين : إحجام مجرد عن عمل ، وإحجام بمناسبة عمل ، ويعرفون الأخير بأنه الإحجام الذى يقع عند ممارسة نشاط معين، كاستعمال آلة أو إجراء عملية جراحية أو ممارسة مهنة ، ويتمثل الإحجام فى عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة التى تتطلبها ممارسة هذا النشاط طبقاً للمألوف، استناداً إلى الواجب العام بالتبصر واليقظة فى عدم الإضرار بالغير(1) .

وطبقاً لهذا التقسيم فإنه لكى نكون بصدد "إحجام بمناسبة عمل" فإن هذا يفترض قيام الشخص مختاراً بعمل إيجابى مشروع، مثل قيادة سيارة أو إقامة بناء أو إجراء عملية جراحية أو ممارسة مهنة من المهن، بحيث يكون من الممكن أن يتولد عن القيام بهذا العمل ضرر للغير، فيقع هذا الضرر، فيكون الإحجام فى هذه الحالات متمثلاً فى عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة التى من شأنها منع وقوع هذا الضرر .

وقد انتقد هذا التقسيم لما يشوبه من غموض، وقد ساق الفقه الناقد لهذا التقسيم أمثلة عديدةً لتداخل الامتناع، ومنها قائد السيارة الذى لا يتوقف عن السير لتقديم المساعدة لشخص فى خطر، ففى هذا الفرض يوجد امتناع عن التوقف عن السير بالسيارة، وإلى جانب هذا الامتناع هناك عمل قام به قائد السيارة ألا وهو استمراره فى السير، وبالمثل اللص الذى يبذل كل ما فى وسعه حتى لا يكتشفه أحد تاركاً الإجراءات تتجه نحو شخص برىء، والطبيب الذى يرفض الانتقال لزيارة المريض.

وفى الواقع إذا ناقشنا الأمثلة السابقة استطعنا أن نحدد بيسر نوع الامتناع فى كل منها ، ففى حالة قائد السيارة الذى يمتنع عن الوقوف لتقديم العون لشخص فى خطر، من الواضح أننا بصدد امتناع مجرد، لأن قيادة السيارة عمل مشروع لم يشب ممارسته إهمال أو تفريط فى اتخاذ الاحتياطات الواجبة حتى نكون بصدد "امتناع بمناسبة عمل". وفى حالة السارق الذى يترك الإجراءات تتجه نحو شخص برىء فسكوته يعد "امتناعا مجردا" لأن ما وقع منه عمل إيجابى غير مشروع هو السرقة، غير أن سكوت السارق - ولو أنه امتناع مجرد - إلا أن هذا الامتناع لا قيمة له من الناحية القانونية، لعدم وجود واجب قانونى على السارق بأن يعترف بجريمته . أما فى حالة الطبيب الذى يمتنع عن زيارة مريض، فالامتناع هنا "امتناع مجرد" لأن الطبيب لم يكن بصدد عمل، وكل ما ينسب إليه مجرد امتناع عن أداء عمل .

وذهب رأى آخر للدكتور رمسيس بهنام إلى تقسيم جرائم الامتناع إلى نوعين(2):

<u>النوع الأول : جرائم الامتناع الخالص :</u>

وهى جرائم الامتناع التى يتكون ركنها المادى من سلوك سلبى فقط ، ومن أمثلتها جريمة امتناع القاضى عن الحكم

---

(1) ورد هذا الرأى فى رسالة د. إبراهيم عطا شعبان عن الفقيه الفرنسى رينيه وديموجيه ، ص ٩٦.

(2) د. رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائى، منشأة المعارف، طبعة ١٩٩٥، ص ٤٦٠ وما بعدها.

فى الدعوى ، وجريمة امتناع الشاهد عن أداء الشهادة ، ففى هذه الأمثلة يقع الامتناع مجرداً عن أى عمل إيجابى سابق أو لاحق أو معاصر ، وجريمة الامتناع المجرد فى هذه الحالة يقوم ركنها المادى على الامتناع الخالص .

النوع الثاني : جرائم الامتناع المختلط (الجريمة ذات السلوك المتعدد) :

وهى جرائم الامتناع التى يتكون ركنها المادى من خليط من سلوك إيجابى وسلوك سلبى معاً.

ويقسم الدكتور رمسيس بهنام الجريمة التى يقترن الفعل والامتناع فى تكوين ركنها المادى إلى أربعة أنواع :

١- نوع لا توجد فيه بين الفعل والامتناع صلة السبب بالسبب ، كما فى جريمة تناول الطعام والفرار(فعل) دون الوفاء بثمن الطعام (امتناع) .

٢- نوع لا توجد فيه بين الفعل والامتناع رابطة السببية ، بمعنى أن الفعل فيه يكون السبب فى الامتناع ، ويسوق لذلك مثالاً بجريمة اختلاس المالك أمواله المحجوز عليها قضائياً أو إدارياً ، باعتبار أن عدم وفائه بالدين المستحق فى ذمته عنصر فى تلك الجريمة ، وأن تبديده للمال المحجوز ترتب عليه عدم استيفاء الدين الموقع من أجله الحجز .

٣- نوع يعتبر فيه الفعل وسيلة لتحقيق الامتناع كهدف ، كما فى تلك الصورة من التفالس بالتدليس ، التى يبدد فيها التاجر جانباً من أمواله ، إضراراً بدائنيه وفى سبيل أن يتوقف عن دفع مستحقاتهم عليه (م ٣٢٨ ع) ، (وإذا حدث أن كان التبديد كوسيلة يرمى بها إلى غاية أخرى غير الإضرار بالدائنين بأن كان الباعث عليه إشباع مطالب عائلية غير مادية ، فلا يتوافر التفالس بالتدليس ، وإن كان فتنطبق المادة ٣٣٠ع).

٤- نوع يستنفذ فيه الركن المادة للجريمة بإتيان الفعل وإنما يتوقف على الامتناع بقاء الوضع المنافى للقانون والناشئ من الفعل ذاته ، كما هو الحال فى الجريمة المستمرة كإحراز السلاح بدون رخصة وقيادة السيارة بسرعة تخالف اللوائح .

كما يقترب من هذا الرأى رأى آخر[1] مفاده أنه قد يجتمع العمل والامتناع فى حالة تعاقب واستقلال، بحيث يتعاقب عمل مجرد وامتناع مجرد، ويحتفظ كل منهما بذاتيته واستقلاله، مثل الذى يحبس شخصاً بغير حق ثم يمنع عنه الطعام بقصد قتله، وهنا يسبق العمل الامتناع ، وقد يسبق الامتناع العمل كما فى حالة امتناع الأم عن إرضاع طفلها ثم تقوم بخنقه بعد ذلك.

رأينا فى الخلاف الفقهى حول أنواع الإحجام:

فى رأينا أن جرائم الامتناع تنقسم إلى نوعين لا ثالث لهما، هما : جرائم امتناع أو إحجام مجرد، أو جرائم امتناع ذات نتيجة. وقد ذهب وبحق إلى هذا التقسيم أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى .

فالإحجام المجرد يتمثل فى سلوك سلبى محض ... بينما الإحجام ذو النتيجة يتمثل فى إحجام أعقبته نتيجة مادية ويربط بينهما علاقة سببية .

وسوف نعرض لمعيار التمييز بين الجرائم السلبية البحتة أو المحضة، والجرائم السلبية ذات النتيجة.

معيار التمييز بين الجرائم السلبية البحتة وذات النتيجة :

الاختلاف حول مدلول الإحجام امتد إلى معيار التمييز أو التفرقة بين الجرائم السلبية البحتة والجرائم السلبية ذات النتيجة، وسوف نستعرض آراء كل فريق فيما يلى :

الرأى الأول : القصد الجنائى كمعيار :

يرى أنصار هذا الرأى أن القصد الجنائى - وفقاً للرأى السائد فى الفقه - يتكون من إرادة النشاط ونتائجه، مما

---

(1) د. حبيب إبراهيم الخليلى : مسئولية الممتنع ، المرجع السابق ، ص ٤٨.

يجعله مميزاً عن الإرادة المنفردة التى تنصرف للنشاط وحده . وتطبيقاً لذلك يكون القصد الجنائى متوافراً فى سلوك الجرائم ذات النتيجة ومنتفياً فى جرائم الامتناع المجرد.

وهذا الراى محل نقد لأنه يتعارض مع مفهوم القصد الجنائى، فالقصد موجود فى كلا النوعين (الجرائم السلبية المحضة والجرائم السلبية ذات النتيجة) فإرادة تحقيق النتيجة هى إرادة محضة تنصرف إلى نشاط الجانى سواء بالإيجاب أو بالامتناع ... وبتعبير آخر، فالقصد الجنائى يتوافر بانصراف إرادة الجانى إلى تحقيق النتيجة، بصرف النظر عن وسيلة تحقيق النتيجة بالامتناع أو الإيجاب، فهو صورة للركن المعنوى الذى هو ركن أساسى عام فى جميع الجرائم .

<u>الراى الثانى</u>: <u>النص القانونى كمصدر للواجب القانونى</u> :

يرى انصار هذا الراى أن معيار التمييز بين جرائم الامتناع المجرد وذات النتيجة هو النص القانونى[1] وذلك باعتبار أن الامتناع لابد أن يستند إلى نص قانونى يجرمه، ومن ثم فإن جرائم الامتناع ذى النتيجة متعددة، ومن ثم تتعدد النصوص التى تنشئ الواجب القانونى الذى يتركه أو يمتنع عنه الممتنع ليتكون بذلك الركن المادى للجريمة، والتى رتبت أيضاً نتيجة على سلوك الممتنع .

وهذا الراى محل نقد إذ إنه خلط بين الصفة غير المشروعة للامتناع وبين الواجب القانونى ... فقد اعتبر الواجب القانونى فى جرائم الامتناع المجرد عنصراً فى الصفة غير المشروعة حينما حصر مصدر الواجب فى نصوص قانون العقوبات . والصحيح أن الواجب القانونى عنصر فى الامتناع نفسه كما سبق بيان ذلك. ومن ناحية أخرى ، حصر الواجب القانونى المنشئ للامتناع فى الجرائم ذات النتيجة –فى النص الجنائى فقط غير سليم، لأنه أيضاً منشئ للامتناع المجرد، فهو إذن قاسم مشترك بينهما .

<u>الراى الراجح</u>: <u>معيار النتيجة</u> :

القاسم المشترك بين الامتناع المجرد والامتناع ذى النتيجة هو السلوك السلبى بينهما، ومن ثم يكون المعيار المنطقى هو تحقيق النتيجة كمعيار للتفرقة بينهما.

إلا ان هناك خلافاً بين الفقهاء حول المقصود بالنتيجة، هل هى النتيجة المادية أم النتيجة القانونية ؟

<u>١ ـ مفهوم النتيجة</u> :

مفهوم النتيجة هو الأثر الذى يترتب على السلوك والذى يقرر الشرع العقاب عن الجريمة اتقاء له، وللنتيجة مفهومان أحدهما مادى والآخر قانونى :[2].

أ ـ المفهوم المادى للنتيجة : هو التغيير الملموس الذى يظهر فى العالم الخارجى كأثر للنشاط الإجرامى ، مثل الوفاة فى جريمة القتل والعجز فى جريمة الضرب .

والنتيجة باعتبارها حقيقة مادية لا تتحقق فى كل الجرائم حتماً، ولكن هناك بعض الجرائم لا تتحقق فيها النتيجة المادية ، وتسمى أحياناً بالجرائم الشكلية ، وهى ذاتها الجرائم السلبية المجردة، مثل امتناع الشاهد عن الإدلاء بالشهادة أو امتناع القاضى عن الفصل فى الدعوى .

ونحن مع الراى الذى ذهب إليه البعض[3] بأن التحديد الدقيق لمعنى النتيجة المادية هو الأثر الخارجى المترتب على الفعل، سواء تمثل فى الضرر الحقيقى أو فى الضرر المحتمل ، لما فيه من مساس بالمصلحة التى يحميها القانون دون

---

(1) د. احمد فتحى سرور : الوسيط فى قانون العقوبات طبعة ١٩٧٩ الفقرة ١٧٩ ص ٣٠٩ ، ٣١٠، حيث يذهب سيادته إلى القول بأن الجريمة السلبية لهما نتيجة قانونية وليست مادية بعكس الجريمة الإيجابية التى تقع بالامتناع لها نتيجة مادية وقانونية . والامتناع الذى يقع به الجريمة السلبية مصدره قانون العقوبات . بينما الامتناع الذى تقع به الجريمة الإيجابية قد يكون مصدره واجب قانونى غير



قانون العقوبات وقد لا يكون مصدره المباشر هو القانون

(2) د. فوزية عبد الستار : المرجع السابق، ط سنة ٩٢ ، ص ٢٤٨.

(3) د. فوزية عبد الستار : المرجع السابق ، ص ٢٠٥.

أن يترتب عليها نتيجة مادية .

ومعنى ذلك أن لكل سلوك نتيجة فى العالم الخارجى ، ولكننا نجد المشرع لا يعطى أدنى أهمية لتلك النتيجة لأنها لا تدخل فى الوصف القانونى للواقعة ، ويترتب على ذلك أن النتيجة واقعة متميزة عن سلوك الجانى لا تختلط به ، ولكن إذا كانت النتيجة أثراً من آثاره وتكونت علاقة سببية يمكن مساءلة الجانى .

نستخلص مما سبق أن المفهوم المادى للنتيجة يتحقق فى بعض الجرائم دون غيرها، ومن ثم فليس بلازم أن يتحقق فى جميع الجرائم .

<u>ب ـ المفهوم القانونى للنتيجة</u> :

هى الحقيقة القانونية فى الاعتداء على المصلحة أو الحق الذى يحميه القانون، ويتخذ هذا الاعتداء الضرر الفعلى الواقع على هذا الحق أو تلك المصلحة .

وتأسيساً على ذلك فإن لكل جريمة نتيجة قانونية تعد عنصراً من عناصر ركنها المادى، فمثلاً النتيجة القانونية فى جريمة القتل هى إزهاق الروح بالاعتداء على حق الحياة . وبمعنى آخر ليست هناك جريمة بدون نتيجة إجرامية، فهو عنصر لازم فى كل الجرائم لوجود نص تجريمى يقوم بحماية الحق أو المصلحة التى هى محل الاعتداء.

وتطبيقاً لهذا المفهوم فإن الجرائم ذات السلوك البحت لا تخلو من نتيجة إجرامية، إلا أن المشرع قد جرم السلوك فقط ولم يهتم بالنتيجة .

<u>نقد المفهوم القانونى للنتيجة</u> :

إن الإضرار بالحقوق أو المصالح التى يحميها القانون هى علة التجريم ، ولا تشكل عنصراً فى الركن المادى ، بل علة التجريم تتعلق بركن عدم المشروعية، الذى هو تكييف للواقعة المادية بعناصرها الثلاثة : السلوك والنتيجة المادية وعلاقة السببية بينهما. ومن ناحية أخرى لا ينبغى الخلط بين النتيجة ـ كعنصر متميز فى الجريمة ـ وبين وصفها كاعتداء على حق يحميه القانون .

ومن ناحية ثالثة فالمدلول القانونى للنتيجة هو تكييف قانونى لمدلولها المادى، أى أن المدلول المادى للنتيجة هو الذى ينصب عليه المدلول القانونى .

<u>صفوة القول</u> :

إن المفهوم المادى للنتيجة هو الأمر الوحيد الذى يمكن اتخاذه معياراً للتمييز بين جرائم الامتناع المجرد وجرائم الامتناع ذات النتيجة، باعتبارهما متفقين فى السلوك السلبى ومختلفتين فى النتيجة .

<u>الآثار المترتبة على اتخاذ معيار النتيجة كمفهوم مادى للتفرقة</u> :

اتخاذ معيار النتيجة ـ بمفهومه المادى ـ كمعيار مميز لجرائم الامتناع المجرد وجرائم الامتناع ذى النتيجة يترتب عليه أثار قانونية هامة منها :

١ ـ من ناحية الشروع : الشروع غير متصور فى الجرائم ذات السلوك البحت أو المجرد، لعدم وجود نتيجة إجرامية، ولأنها ليست عنصراً من عناصر السلوك السلبى المجرد (الركن المادى) حتى يمكن القول بأن الجانى فشل فى تحقيقها لسبب لا دخل لإرادته فيه ، فالجريمة إما أن تقع تامة أو لا.

٢ ـ من ناحية علاقة السببية : لا تثور علاقة السببية فى الجرائم السلبية البحتة لتجريم السلوك فقط دون انتظار تحقق النتيجة . وذلك وفقاً للنموذج القانونى للجريمة .

أما فى الجرائم ذات النتيجة فتثور علاقة السببية لأنها صلة تربط بين نشاط الجانى (سواء إيجابى وسلبى) وبين النتيجة .

٣- **من ناحية الركن المادى :** الامتناع المجرد فقط هو المكون للركن المادى، وذلك لاستبعاد النتيجة من عناصر الركن المادى فى الجرائم السلبية البحتة ، وعلى العكس تتواجد فى الجرائم السلبية ذات النتائج، لأن الركن المادى يتكون من سلوك سلبى ونتيجة وعلاقة سببية بينهما .

٤- **من ناحية تحديد مكان الجريمة :** إن محل التجريم فى جرائم الامتناع المجرد هو النشاط وحده ، فمحل ممارسة هذا النشاط يكون محل ارتكاب الجريمة والاختصاص بها، بينما فى جرائم الامتناع ذات النتيجة فقد تتحقق النتيجة فى مكان بينما يقع الامتناع فى مكان آخر .

ويترتب على ذلك أنه فى حالة الجرائم السلبية المحضة ينعقد محل الاختصاص لمكان ممارسة النشاط السلبى فقط ، أما فى حالة جرائم السلبية ذات النتيجة فقد ينعقد الاختصاص طبقاً لمكان ممارسة النشاط الإجرامى أو محل تحقق النتيجة كأثر للسلوك السلبى .

المبحث الثاني
علاقة السببية فى جرائم الامتناع

تمهيد :

من أهم المشكلات التى تواجه جرائم الامتناع – عند التطبيق- هى البحث عن علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية المترتبة على هذا السلوك السلبى، المكون للركن المادى فى جرائم الامتناع.

فعلاقة السببية فى جرائم الامتناع لها ذات الأهمية فى الجرائم الإيجابية، وبتعبير آخر لها ذات الأهمية فى النظرية العامة للجريمة ، فهى عنصر للركن المادى، ومن ثم فهى شرط لقيام المسئولية وليست الشرط الوحيد للمسئولية، بل يستلزم توافر علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة المترتبة عليه وتوافر القصد الجنائى .

ويتعين أيضاً توافر سائر عناصر المسئولية، فيتعين ثبوت عدم مشروعية الامتناع، ويتعين توافر الخطأ لدى الممتنع فى صورة القصد أو الخطأ . ويلاحظ وفقاً للقواعد العامة أن ثبوت عدم مشروعية الامتناع، أو ثبوت خطيئة الممتنع، ليس من شأنه الفصل فيما إذا كانت علاقة السببية متوافرة أو غير متوافرة[1] .

ومن البديهى أن لا تثور مشكلة علاقة السببية فى جرائم الامتناع المجرد[2] والذى لا تتطلب نتائج، وإنما يتحقق بمجرد توافر واكتمال الركن المادى للجريمة والمتمثل فى الإحجام .

وغنى عن البيان أن الركن المادى فى أى جريمة يتكون من سلوك ونتيجة وعلاقة سببية بينهما .

ونظراً للطبيعة الخاصة التى تتميز بها جرائم الامتناع فى الركن المادى – السلوك السلبى – والذى يتميز من ثلاثة عناصر مكونة له من الإحجام عن إتيان عن فعل إيجابى فعل وواجب قانونى يفرض هذا الواجب بالإضافة إلى الصفة الإرادية للامتناع ... ثارت مشكلة علاقة السببية، لعدم فهم طبيعة الامتناع، فأقحم البعض علاقة السببية فى السلوك السلبى، وآخر ذهب إلى ربط علاقة السببية بعنصر من عناصر الامتناع.

وعلاقة السببية هى عنصر مستقل وكيان متميز من عناصر الركن المادى، بل هى حلقة الوصل ما بين السلوك والنتيجة. ومما لا شك فيه أن البحث فى علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة أمر يتميز بالصعوبة الشديدة، ومن أجل ذلك كان هذا البحث.

---

(1) د. محمود نجيب حسنى: جرائم الامتناع والمسئولية الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٢٢ .

(2) د. فتوح الشاذلى: شرح قانون العقوبات القسم العام طبعة ١٩٨١ ، دار المطبوعات الجامعية ، ص ٣٧٩.

ومما زاد الصعوبة فى هذا البحث هو أن قانون العقوبات المصرى ونظيره الفرنسى لم يتضمنا نصوصا فى شأن علاقة السببية فى جرائم الامتناع، فضلاً عن اعتراف القضاء المصرى بجرائم الامتناع ذات النتيجة غير العمدية، وعدم الاعتراف بجريمة الامتناع ذات النتيجة العمدية، فقد قضى بأن سكوت ضابط الشرطة عما يجرى فى حضوره من تعذيب متهم لحمله على الاعتراف لا يجعله شريكاً حتى فى جريمة ضرب[1] وقضى أيضاً فى شأن الأم التى لم تربط الحبل السرى لوليدها وتركته حتى مات بأنها لم تأت بعمل إيجابى يؤخذ منه تعمد القتل، ولا يعتبر تركها المولود بلا عناية جريمة معاقباً عليها حتى لو تسبب ذلك فى الموت[2].

ويبدو وأن عدم تصور قيام علاقة السببية بين الامتناع - كسلوك يكون للركن المادى أحد عناصره - وبين النتيجة المترتبة على ذلك، وصعوبة إثبات القصد الجنائى فى حق الممتنع [3] ، هى التى مالت بالفقه والقضاء فى فرنسا ومصر إلى التردد فى الاعتراف بعلاقة السببية فى جرائم الامتناع ذات النتيجة العمدية . ونحن نرى أنه إذا زالت هذه الصعوبات وتحققت علاقة السببية بتوافر القصد الجنائى، توافرت أركان جريمة الامتناع العمدية ذات النتيجة.

وقد رأينا التعرض لتلك الآراء والمذاهب التى تذهب إلى إنكار علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة بإيجاز، والتركيز على الآراء والمذاهب التى اعترفت بقيام علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة، وذلك فى الفقه المقارن، وكذا القضاء المقارن، ثم ذكر بعض التشريعات التى أمرت بعلاقة السببية، وأخيراً نقول رأينا.

المطلب الأول
علاقة السببية فى القانون

الفرع الأول
علاقة السببية فى جرائم الامتناع فى الفقه المقارن

تمهيد :

مشكلة الامتناع بصفة عامة - وعن المساعدة بصفة خاصة - هى مشكلة موغلة فى القدم، ترجع بجذورها إلى السنوات الأولى من عمر البشرية .

وقد عالجت الحضارات والتشريعات القديمة مشكلة الامتناع باعتبارها مشكلة إنسانية بالدرجة الأولى .. ففى الحضارة المصرية ورد فى بعض المراسيم النص على جزاءات دينية ضد من يمتنع عن الإبلاغ بجريمة شاهدها، ومن ذلك أن الإله أوزيريس سوف يطارد الشخص الذى يعلم بوقوع جريمة ولا يبلغ عنها، وكذلك الامتناع عن دفع الضرائب[4].

وفى القانون الرومانى أن من يمتنع عن مراعاة القانون يعاقب بالإعدام، والممتنع عن المشاركة فى الاحتفال بعيد ميلاد القيصر يعاقب بغرامة كبيرة[5] .

وفى القانون الكنسى عقاب القضاة الذين يمتنعون عن ممارسة وظائفهم واختصاصاتهم (مادة ١٦٢٥) وعقاب الامتناع عن المثول أمام القضاء والإجابة عن أسئلة القضاة (مادة ٢/١٧٦٦).

وقد قيل فى القانون الرومانى والكنسى بمسئولية كل ممتنع عن نتيجة امتناعه، متى كان فى استطاعته أن يحول دون حدوث هذه النتيجة. وقرر (لوازل) هذا المبدأ فى قوله " من يستطع أن يحول دون حصول النتيجة ولا يفعل ثبت خطؤه

---

(1) الاستئناف ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ الحقوق س ١٧ رقم ٥٧ ص ١٠٦.
(2) جنايات الزقازيق ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة س ٥ رقم ٥٥٨ ص ٦٨٨.
(3) د. محمود نجيب حسنى : جريمة الامتناع والمسئولية الجنائية، ص ٨٥.
(4) د. محمد كامل رمضان محمد: الامتناع عن المساعدة فى القانون الجنائى المصرى والمقارن (رسالة دكتوراه)، جامعة عين شمس، ص ٢٩ .
(5) نفس الرسالة السابقة ، ص ٣٠.

(أى مسئوليته) إزاءها(1).

والبحث فى علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة أمر صعب، ومرد ذلك أن الامتناع سلوك سلبى، فهو فى رأى البعض عدم، وهذا الرأى غير متفق عليه، والفقهساير الرأى الراجح بأنه ليس عدماً ويحدث نتيجة .

والآراء اختلفت بشأن علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية، نوجزها فيما يلي:

أولاً: مذهب إنكار علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية .

ثانياً: مذهب الاعتراف بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية.

ثالثاً: مذهب الاعتراف بعلاقة قانونية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية.

أولاً: مذهب إنكار علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية

الامتناع عدم وفراغ[2] :

حجة أنصار هذا المذهب أن الامتناع عدم وفراغ، ومن ثم لا ينتج عنه سوى عدم وفراغ، ويرون أن الامتناع لا يصلح فى ذاته أن يكون سبباً لنتيجة إجرامية، إذ لا ينطوى على الفعالية التى تجعل من شأنه تحقيق ذلك .

ولا يعترفون بالامتناع، إلا إذا قرر الشارع ذلك صراحة أو ضمناً، وهذه الحالات استثنائية بحتة .

وبإنكار علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية تنقطع الصلة بين جريمة الامتناع ذات النتيجة والجريمة الإيجابية التى يتضمن ركنها المادى ذات النتيجة، فلا يكون متصوراً إلحاق الأولى بالنص الذى يعاقب على الثانية، ذلك أن توافر علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية شرط لتقرير المساواة بينه وبين الفعل الإيجابى، الذى من شأنه إحداث هذه النتيجة .

وأهم حجج هذا الرأى هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ذلك أن جريمة الامتناع ذات النتيجة مرتهنة بنص تجريم خاص بها، فإن لم يوجد هذا النص فلا عقاب على الامتناع، وإذا ما جُرم الامتناع - استناداً إلى نص عام يجرم إحداث النتيجة - كان ذلك قياساً فى مجال التجريم، وهو قياس محظور .

ويذهب أنصار هذا الرأى إلى القول بالعقاب على كل امتناع أعقبه نتيجة إجرامية، ولو كان الامتناع مخالفاً لواجب قانونى يقود إلى حلول تجافى المنظور القانونى، ويصطدم بالقواعد المستقرة فى القانون.

وتأسيساً على ذلك لا يمكن مساءلة الطبيب الذى يمتنع عن إجراء عملية جراحية مستلزمه ، ولا يمكن مساءلة الأم التى تمتنع عن ربط الحبل السرى لوليدها أو تمتنع عن إرضاعه حتى يموت .

النتائج التى تترتب على هذا الرأى :

أهم النتائج هى التفرقة بين الجرائم العمدية وغير العمدية ، والشارع يعترف بجريمة الامتناع ذات النتيجة إذا كانت غير عمدية، ولا يعترف بها إذا كانت عمدية .

فحيث يتوافر القصد لا عقاب إلا إذا صدر من المتهم فعل إيجابى ، وإذا توافر الخطأ ساغ العقاب على الفعلين الإيجابى والسلبى على السواء .

وسند هذه التفرقة أن النصوص الخاصة بالجرائم العمدية قد صيغت فى عبارات دقيقة محددة، ومن ثم لا نستطيع القول بشمولية الامتناع ، بينما النصوص الخاصة بالجرائم غير العمدية فعبارتها من الاتساع والمرونة بحيث تعطى النص نطاقاً واسعاً ومن ثم نستطيع القول بأنه يسوى فى التجريم الذى يقرره بين الفعل الإيجابى والامتناع[3].

---

(1) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق، ص ٢٣ وهامش رقم ٣.
(2) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٢٥ وهامش رقم ١ ، ٢، وص٢٧.
(3) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٢٨ وهامش رقم ٢ ، ٣ .

مثال :

ولتوضيح ذلك نقارن بين عبارتى ٢٩٥ من قانون العقوبات الفرنسى ، ٢٣٤ من قانون العقوبات المصرى، اللتين تعرفان القتل العمدى ، فتعاقبان من " قتل نفساً عمداً" .

وأيضاً عبارة المادتين ٣١٩ من قانون العقوبات الفرنسى ، ٢٣٨ من قانون العقوبات المصرى اللتين تجرمان القتل غير العمدى ، فتعاقبان من " قتل نفساً خطأ أو تسبب فى قتلها بغير قصد ولا تعمد" . فتعبير "ارتكب القتل" أو "قتل" يشيران إلى الفعل الإيجابى فقط ، أما تعبير "تسبب فى القتل" فيتسع كذلك للامتناع .

ويؤدى هذا الرأى إلى القول بأن المساعدة كوسيلة اشتراك لا تحصل بامتناع، لأنها تقتضى فعلاً إيجابياً يقدم به الشريك المساعدة للفاعل .. وحجة ذلك أن الفاعل وما ينسب إليه من امتناع فهو لم يقدم شيئاً، ومن ثم لا يعتبر شريكاً بالمساعدة.

نقد هذا الرأى :

الأساس الذى اعتمد عليه هذا الرأى غير منطقى وغير سليم، وقد تبين فساد هذا الرأى، فالامتناع له كيان إيجابى ويضم بين عناصره الإرادة .. فضلاً عن أن الامتناع له طبيعة مادية تستخلص من الظروف التى صدرت منها وسيطرت عليها إلى أن وجهتها إلى غاية معينة .

وهذا الرأى لم يصمد أمام الانتقادات التى وُجهت إليه، وأهمها أن الامتناع صورة سلبية للسلوك الإنسانى، ومن الممكن أن تكون سبباً لنتيجة إيجابية ، شأنه فى ذلك شأن السلوك الإنسانى فى صورته الإيجابية . فإذا كان إتيان عمل إيجابى معين سبباً لعدم حدوث نتيجة إجرامية، فإن عدم إتيان هذا العمل الإيجابى يُعد سبباً لحدوث تلك النتيجة، اى أن الامتناع يمكن أن يكون سبباً لحدوث تلك النتيجة، أى أن الامتناع يمكن أن يكون سبباً لحدوث نتيجة إجرامية إذا كان الممتنع ملتزماً قانوناً - أو طبقاً لاتفاق خاص- بمنع حدوث هذه النتيجة . فإذا كان من شأن إرضاع الأم طفلها ألا تحدث وفاته ، فإن معنى ذلك بطريق اللزوم العقلى أن امتناعها عن إرضاعه هو سبب وفاته إذا حدثت، وإذا كان من شأن تقديم الرعاية الطبية إلى جريح الحرب إنقاذ حياته، فإن الامتناع عن تقديم هذه الرعاية يكون سبباً لوفاته إذا قصدها الممتنع[1] .

وفيما يتعلق بتسوية الامتناع بالفعل الإيجابى فى إحداث النتيجة فإنه يعد انتهاكاً لمبدأ شرعية الجرائم، باعتباره قياساً فى مجال التجريم، وهو ما اعتبر قياساً محظوراً، فهذا لا يمكن قبوله ، فمثلاً فى جرائم القتل يلاحظ أن نصوص القتل لا تحدد شكل السلوك الذى تقع به الجريمة ولا طبيعته، وإنما تعاقب على كل سلوك يؤدى إلى الموت [2].

وفيما يتعلق بمشكلة إثبات القصد الجنائى فى الامتناع والذى يتمثل فى كونه أمراً شديد الصعوبة بل ويكاد يكون مستحيلاً ، من ثم يتم رفض المساواة بين الامتناع والفعل الإيجابى ، فمثل هذا القول مردود عليه بأنه مشكلة الإثبات تثور بصدد تطبيق حكم القانون وهى مسألة إجرائية تخضع للقواعد العامة فى الإثبات فى قانون الإجراءات الجنائية، وهى مسألة تستقل بتقديرها محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض طالما أقامت حكمها على أسباب سائغة، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فعندما نتحدث عن قواعد موضوعية نفترض أن الإثبات قد تم .

والتفرقة بين الجرائم العمدية وغير العمدية تجافى المنطق القانونى ومصلحة المجتمع .

فقد رأينا أن الامتناع يصلح فى ذاته سبباً لإحداث نتيجة إجرامية، ولا توجد عقبة فى الاعتراف بهذه العلاقة فى الجرائم العمدية، ولا يتفق مع مصلحة المجتمع - من صيانة وحماية الحقوق - أن يعاقب الممتنع غير المتعمد بإقرار امتناعه سبباً للنتيجة، وفى المقابل من زادت خطورته وتوافر لديه العمد فى الامتناع فلا يعاقب .

وبشأن إنكار المساعدة كوسيلة للاشتراك عن طريق الامتناع ، فليس على الإطلاق اشتراط أن تكون المساعدة إيجابية، بل يمكن أن تكون سلبية، بل فى بعض الحالات تكون المساعدة السلبية اقوى وأجدى من المساعدة الإيجابية،

---

(1) د. فتوح الشاذلى: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة السعدنى ، ص ٢٠٠٧ ، ص ٢٣.

(2) د. محمد زكى أبو عامر: قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الجامعة الجديدة للنشر والطبع ٢٠٠٧ ، ص ١٤٥.

كالحارس الذى يمتنع عن غلق الباب ويتركه مفتوحاً لدخول اللصوص إلى المكان لسرقته .

وتسوى بعض التشريعات الحديثة بين الفعل والامتناع - من حيث صلاحية كل منهما لإحداث النتيجة الإيجابية - بنصوص صريحة كتعبير أن الامتناع عن منع نتيجة يعادل إحداثها إذا كان على الممتنع التزام قانونى بمنعها " هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من قانون العقوبات الإيطالى لسنة ١٩٣٠".

ويذهب الرأى الغالب فى الفقه المصرى إلى تأكيد صلاحية الامتناع كقاعدة عامة لتكوين الركن المادة للقتل، ويتطلب الفقه لإمكان المساءلة توافر شرطين: الأول أن يكون على الممتنع واجب قانونى أو تعاقدى يلزمه بالتدخل لإنقاذ المجنى عليه أو رعايته، فيحجم إرادياً عن الوفاء بهذا الواجب، والثانى توافر السببية بين الامتناع وبين النتيجة التى تحققت، فيلزم أن يكون الامتناع هو السبب طبقاً للمعتاد والمألوف من الأمور[1].

ثانياً: مذهب الاعتراف بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية

تمهيد :

أهمية علاقة السببية فى جرائم الامتناع ذات النتيجة :

الاعتراف بالعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة فى الفقه المقارن هو الرأى الراجح – كما بينا سلفاً- وعلاقة السببية فى جرائم الامتناع تخضع لذات القواعد العامة فى النظرية العامة للجريمة، فهى عنصر للركن المادى وشرط لقيام المسئولية. والبحث فى علاقة السببية فى جرائم الامتناع أمر صعب ، ومرجع ذلك إلى تعدد النظريات الفقهية التى اعترفت بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة، وقد اتخذت هذه النظريات وجهات مختلفة فى إثبات سببية الامتناع. وسوف نوجز أهم هذه النظريات فيما يلى :

أولاً: نظرية سببية الفعل الإيجابى المعاصر للامتناع :

يقول (لودن)[2] إن الإنسان حين يمتنع لا يلزم ذلك موقفاً سلبياً محضاً، وإنما يقوم خلال فعل إيجابى معين يسبب النتيجة ومن ثم يكتسب أهمية قانونية لكونه قد أخل بالواجب القانونى المفروض على الممتنع .

نقد هذه النظرية :

١- قد لا يكون الفعل الإيجابى على الممتنع - حين امتناعه - أهمية قانونية، ومن ثم لا يعترف به الشارع، فضلاً عن انقطاع الصلة المنطقية بينه وبين النتيجة الإجرامية فى بعض الأحيان .

٢- من الجائز أن الممتنع – حين يمتنع- لا يأتى بفعل إيجابى على الإطلاق، بل يأخذ ويلزم بموقف سلبى، مثل الأم التى تخلد للنوم فى الوقت الذى كان يتعين عليها إرضاع طفلها، وفى هذه الحالة تعجز النظرية عن تحديد سبب النتيجة .

وقد حاول البعض إدخال بعض التعديلات مثل "روسلوب" الذى قال إن سبب النتيجة ليس الفعل الإيجابى المعاصر للامتناع فى ذاته، ولكنه هذا الفعل الذى ينتمى إلى الأفعال المفروضة على المتهم، وبمعنى آخر تُنسب السببية إلى الفعل الإيجابى المعاصر باعتباره يمثل نفس الفعل الإيجابى الذى كان ينتظره الشارع.

وهذا مردود عليه بأنه من المستحيل أن يأتى شخص واحد فعلين إيجابيين فى زمن واحد ، فإذا أتى فعلاً إيجابياً مختلفاً فى الوقت الذى كان يجب عليه القيام بفعل معين افترضه الشارع عليه فى هذه الظروف، فإن الفعل الإيجابى (المختلف) يُعد سبب هذه النتيجة الإجرامية، باعتباره منع الفعل الإيجابى المنتظر الذى كان من شأنه الحيلولة دون حدوث

---

(1) د. فتوح الشاذلى: شرح قانون العقوبات (الخاص) جرائم الاعتداء على الأشخاص ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(2) د. محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ، ص ٣٠ وهامش رقم ١ ، ٢ ، ٣ .

هذه النتيجة . وهذا ما لا يمكن التسليم به، ويتضح من ذلك أن نظرية سببية الفعل الإيجابي المعاصر للامتناع لم تفلح في حسم مشكلة سببية الامتناع .

ثانياً: نظرية سببية الفعل الإيجابي السابق على الامتناع :

نادى بهذه النظرية كل من (كروج) و(أدولف ميركل) و (فانيتي)، وجوهرها أن الامتناع يستمد كيانه القانوني من فعل سبقه، فأنشأ خطراً على حق يحميه القانون، وقام على عاتق (الممتنع) التزام قانوني بالقيام بعمل إيجابي يمنع تحقيق النتيجة الإجرامية . فالامتناع إذن هو الإحجام عن إتيان هذا العمل الإيجابي، وليس في ذاته سبباً للنتيجة، وإنما سببها الفعل الإيجابي السابق عليه .

مثال : لتوضيح هذه النظرية، الطبيب الذي يجري عملية جراحية لمريض وأثناء ذلك حدث نزيف ، وحينئذ امتنع الطبيب عن أعمال إيجابية من شأنها وقف النزيف مما أدى إلى وفاته .. فوفقاً لهذه النظرية أن سبب الوفاة ليس الامتناع، ولكنه الفعل الإيجابي، وهو الجراحة التي أجريت للمريض ، وقال (فانيتي) عند تحليل ماهية جريمة الامتناع ذات النتيجة إن قوامها عنصران: الفعل الإيجابي السابق على الامتناع، والإرادة الإجرامية التي تكشف عنها الامتناع بعد ذلك[1].

نقد هذه النظرية :

الامتناع ليس على الدوام مسبوقاً بفعل إيجابي يسبب خطراً على حق أو مصلحة تحميها القانون، وهذه النظرية لا تنطبق حينما يسبق مسلك المتهم امتناعاً محضاً، وبالتأمل نجد أنها تسلم بأن الامتناع عدم والفعل الإيجابي له قيمة سببية .

ثالثاً: نظرية السببية النفسية للامتناع[2] :

محور هذه النظرية أن للامتناع تأثيراً نفسياً من شأنه خلق اتجاه نفسي إرادي أدى إلى حدوث النتيجة، وانقسمتا إلى نظريتين: الأولى للامتناع تأثير نفسي على المجني عليه، والثانية للامتناع تأثير نفسي على الجاني .

أ- فمن حيث تأثير الامتناع على نفسية المجني عليه :

حسبما قال بذلك (جيبر) (والدوسر) (وفبجر) بأن هذا التأثير النفسي يعتد به القانون، ومن شأنه إحداث النتيجة الإجرامية، ويحمل شخصاً ما على الاعتقاد بأن وضعاً ما لا ينطوي على خطر فيحمله على اتخاذ مسلك معين .. فيكون من شأن هذا المسلك إحداث نتيجة إجرامية، فالسبب حينئذ هو الأثر النفسي الذي تولد لدى المجني عليه فجعله يُعزم على هذا السلوك .

مثال للتوضيح : شخص نزل للسباحة - وهو لا يحسن السباحة - معتمداً على صديقه الذي يحسن السباحة، ولما اشرف على الغرق امتنع صديقه عن إغاثته فمات غرقا، فإن السبب النفسي تولد لدى المجني عليه بأن صديقه سوف ينقذه هو سبب النتيجة.

نقد هذه النظرية :

لم تفلح هذه النظرية في حسم سببية الامتناع حيث نسبت علاقة السببية إلى الأثر النفسي لدى المجني عليه، مع كونه أتى بفعل إيجابي هو الذي أدى إلى الغرق بنزوله للسباحة وهو لا يحسن السباحة .

---

(1) د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق ، ص ٣٢ ، هامش رقم ١ ، ٢ .
(2) د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق ، ص ٣٨ ، وهامش رقم ١ ، ٢ .

ب- ومن حيث تأثير الامتناع على نفسيه الممتنع (الجاني) :

وجوهر هذه النظرية يعتمد على الاتجاه الإرادى لدى الممتنع، ويعد سبباً فى إحداث النتيجة، وبيان لنفسية الممتنع حين امتنع عن الفعل الإيجابى ، بمعنى اعتماد هذه النظرية فى إثبات الامتناع على تحليل نفسى للممتنع.

فمثلاً : عندما يشاهد شخص شخصاً يشرف على الغرق ويستطيع أن ينقذه بإلقاء حبل له ، لكن شخصاً ثالثاً منعه من إلقاء الحبل، فإن الامتناع يكون فى حق الثالث، إذ لولاه لتم إنقاذ الغريق .

وتحدد هذه النظرية سببية الامتناع فيما يلحظ شخص نتيجة إجرامية على وشك التحقق، وفى استطاعته منع هذه النتيجة دون خطر يهدده، ويكون ذلك واجباً عليه .. إلا أنه يكبت إرادته ولا يبديها فتحدث النتيجة الإجرامية . فيعد الاتجاه الإرادى الأخير سبباً لهذه النتيجة .

وقد ربط (بيندنج) بين هذه النظرية ونظريته فى السببية[1] بتعريف السبب بأنه العامل الذى يتدخل فى وقت كان التوازن فيه متحققاً بين العوامل التى من شأنها إحداث النتيجة، والعوامل التى من شأنها الحيلولة دون حدوثها .

نقد هذه النظرية :

لم تفلح هذه النظرية فى حسم مشكلة سببية الامتناع ، فهذه النظرية تصلح لسببية الامتناع العمدى ولا تصلح لسببية الامتناع غير العمدى، حيث فى جرائم الخطأ لا يلحظ المتهم الخطر الذى يسفر عنه مسلكه السلبى مع استطاعته الحيلولة دون حدوث النتيجة، فلا تتولد لديه إرادة متجهة إلى الحيلولة دون تحقق النتيجة ، وهذا يعنى أن هذه النظرية تنكر وجود جرائم الامتناع ذات النتيجة إذا كانت غير عمدية، كما أن هذه لا تتفق مع الطبيعة المادية لعلاقة السببية فضلاً عن أن إرادة الحيلولة دون تحقق النتيجة الإجرامية لا تتوافر فى جميع الحالات، ومن الصعب تطبيق هذه النظرية .

رابعاً: مذهب نظرية السببية الطبيعية للامتناع[2] :

يعتمد جوهر هذه النظرية كما ينادى (أرنست لاند سبرج) على أساس التفرقة بين خلق النتيجة أو إنتاجها وبين مجرد تسبيبها ، فخلق النتيجة يتطلب قوة إيجابية، وبالتالى لم يكن الامتناع صالحاً لذلك، وتسبيبها يقتضى اعتبار عامل واحد من العوامل التى ساهمت فى تحقيق النتيجة، وقد يكون الامتناع أحد هذه العوامل. فإذا ثبت ذلك قامت علاقة السببية بين الامتناع وبين النتيجة الإجرامية. وقد أورد (لاند سبرج) مثالاً لتوضيح نظريته حيث قال إن ضغط الزئبق فى أحد عمودى البارومتر ناتج عن ضغط الهواء وهو قوة إيجابية، فإن من أسباب صعود الزئبق فى العمود الآخر خلوه من ضغط الهواء، ومن ثم يتضح أن عدم وجود الهواء -وهو عامل سلبى بحت- كان من أسباب ظاهرة إيجابية. وبتطبيق ذلك المثال على السلوك الإنسانى إذا قُتل شخص فى مكان منعزل كان أحد عوامل قتله عدم حيازته لسلاح للدفاع عن نفسه.

نقد هذه النظرية :

التفرقة بين خلق النتيجة وتسبيب النتيجة لا تستند إلى سند واضح فى التفرقة، بل فيها خلط فى المعنى والفكرة .
وهذا المثال غير صالح لتدعيم نظريته، لوجود عوامل إيجابية تنسب إليها النتيجة، ولم يحاول تقييد المشكلة القانونية لسببية الامتناع.

---

(1) انظر فى هذا المعنى د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ص ٤١ ، وهامش رقم ١ .
(2) د محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٤٣ ، هامش ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ص ٤٤ هامش رقم ١ .

خامساً: نظرية السببية الإنسانية للامتناع[1]:

جوهر هذه النظرية أنها نسبت الامتناع إلى الطبيعة الإنسانية الاجتماعية للممتنع، باعتبار هذا السلوك السلبى يعادل الفعل الإيجابى اجتماعياً وقانونياً.

حيث يتصف هذا السلوك (بالغائية) فهو يسيطر على مجريات السلوك والعوامل التى تتحكم فيه، موجهاً هذا السلوك إلى غايته. وأصول هذه النظرية ترجع إلى الفيلسوف الألمانى (سيحفارت) وتبعه كل (فونى بار) ، و (كولر) و (رولاند) و (انثورليزى).

كل منهم له نظرية، وقد اجتهدت تلك النظريات فى تحديد سبب الامتناع باعتباره تصرفاً أو سلوكاً إنسانياً، وليس باعتباره قوة طبيعية، أى أن الامتناع يتأثر بتلك الظروف والتى من أهمها أن هذا السلوك يتصف بالوعى والغائية. وقد أسهمت هذه النظريات فى بيان أن الامتناع سلوك مناقض لما كان ينتظر من الجانى فى حماية الحق، ومناقض لما كان ينتظره الشارع منه فى تلك الأحداث.

وقد أحرزت هذه النظريات - للسببية الإنسانية للامتناع - تقدماً فى تحليل مشكلة سببية الامتناع، حيث اتجهت نحو تحرى عناصر الحل الصحيح، بخلاف النظريات السابقة.

وفى ضوء ذلك فإنه الامتناع يستمد سببيته من الظروف العديدة التى يصدر فيها، ويندمج فيها لكى يشكل معها مجموعة من العوامل تنسب السببية إليها مجتمعة [2].

ثالثاً: مذهب الاعتراف بعلاقة قانونية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية

المساواة القانونية بين الامتناع والارتكاب :

أنصار هذا المذهب لا يعترفون بصحة النظريات التى حاولت إثبات علاقة السببية، ويرفضون أيضاً أن يؤدى إلى إنكار وجود جرائم الامتناع ذات النتيجة، بل ويقدرون مصلحة المجتمع وعدم تعارضه مع المنطق القانونى .. بمعنى أنهم يحاولون التوفيق بين اعتبارين .

وذلك باتباع نهج خاص فى تفسير نصوص التجريم، يؤدى فى النهاية إلى القول بمساواة المشرع بين الفعل الإيجابى والسلبى - أو الامتناع - فى إحداث النتيجة الإجرامية، ومسئولية من يصدر عنه أى منهما عن النتيجة الإجرامية التى تعقبت سلوكه . وذلك واضح فى حالة الأم التى تمتنع عن إرضاع طفلها، لتحقق جريمة القتل بالامتناع، وتساوى الفعل الإيجابى فى إزهاق الروح وتحقق القتل أيضاً. ومن ثم ينبغى توافر شروط فى الامتناع لتحقيق تلك المساواة .

شروط المساواة بين الامتناع والفعل الإيجابى[3]:

فنص التجريم الذى ينهى عن إحداث نتيجة إجرامية كالقتل يندرج فيه الفعل الإيجابى كما يندرج فيه الامتناع أيضاً، وإن اختلفت علة التجريم فى كل منهما ، فعلة تجريم الفعل الإيجابى هى حظر الشارع ذلك السلوك الإجرامى الذى أحدث القتل مثلاً ، بينما علة تجريم الامتناع هى عدم حيلولة الممتنع لمنع حدوث النتيجة .

وعلة المساواة أن المشرع يستوى عنده - من حيث الخطورة على مصالح المجتمع وحمايتها - إحداث النتيجة الإجرامية بفعل إيجابى، أو عدم الحيلولة لمنع حدوثهما بامتناع، لأنه فى كلتا الحالتين أهدر حقاً يحميه المجتمع، ويتعين مساءلة المسئول عن حدوث النتيجة، وذلك مستمد من أن علة التجريم عموماً فى كل نصوص القانون هى حماية الحقوق والمصالح الاجتماعية، مما يستلزم التسوية بين الفعل الإيجابى والامتناع من حيث التجريم. ويصنف أنصار هذا المذهب

---

(1) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٤٥ ، وهامش رقم ١ .
(2) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق، ص ٥٢.
(3) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السبق، ص ٥٣.

حجة ثانية هى تأثير الرأى العام عند إهدار الحقوق وعدم حمايتها، لأنه لا يفرق بين الفعل الإيجابى أو السلبى فى إحداث النتيجة الإجرامية، وذلك باعتبارات أن الرأى العام هو المصدر الحقيقى للقيم القانونية والمعبر عن المصلحة الاجتماعية .

ويتطلب الرأى السائد فى هذا المذهب توافر شرطين هما :

الشرط الأول : وجود صلة منطقية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية:

هذه الصلة هى علاقة بين الفعل الإيجابى المفترض على الممتنع القيام به وبين النتيجة الإجرامية، فلو قام الممتنع بذلك الفعل الإيجابى بدلاً من الإحجام الذى نسب إليه ما تحققت النتيجة. وبتعبير آخر (إذا أوتى الفعل الإيجابى ما حدثت النتيجة).

ويتضح من ذلك أن جوهر هذا الشرط يتمثل فى أنه (لولا الامتناع ما حدثت النتيجة) ، فهذه الصلة المنطقية هى المطلوبة بين الامتناع والنتيجة. ولأن أنصار هذا المذهب ينكرون علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة، إلا أن محاولتهم إيجاد تبرير لجرائم الامتناع ذات النتيجة تبلورت فى هذه الصلة المنطقية، والتى بمقتضاها نقول لو قام المتهم بالفعل الإيجابى بدلاً من الإحجام ما تحققت النتيجة.

ويلاحظ أن هذا التعبير (لولا الامتناع ما كانت النتيجة) غير دقيق فى بعض الأحيان، فقد يتدخل عامل إيجابى آخر يحدث النتيجة، على سبيل المثال الأم التى امتنعت عن إرضاع نجلها إلا أن المرض أصابه فأدى إلى وفاته .

ويلاحظ أن ذلك الضابط يتماثل مع ضابط السببية فى نظرية تعادل الأسباب ثم الاستنباط أن تلك علاقة سببية فى حقيقة الأمر إلا أن ذلك تعارض مع رأيهم القائل بإنكار علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة، فحاول البعض منهم التوفيق بالقول بأنها علاقة شبه سببية، لأن العلاقة السببية الحقيقية هى بين الفعل الإيجابى والنتيجة، ومن ثم فهى علاقة نظريه بين الامتناع والنتيجة على سبيل الافتراض .

الشرط الثاني : وجود واجب قانوني يلزم الممتنع بالحيلولة دون حدوث النتيجة الإجرامية:

ينادى أنصار هذا المذهب بوجود واجب قانونى ملقى على عاتق الممتنع يحول بينه وبين حدوث النتيجة الإجرامية، بمعنى أنه لا يكفى وجود واجب بإتيان فعل إيجابى ينسب للممتنع والإحجام عنه فقط، ولكن يتعين وجود واجب آخر هو الحيلولة دون حدوث النتيجة، وهذا يؤدى بالطبع إلى وجود واجبين : **الأول** : واجب إتيان الفعل الإيجابى ، **والثانى :** واجب الحيلولة دون حدوث النتيجة .

والتكييف القانونى للواجبين مختلف، فبينما نجد الواجب القانونى الأول - وهو الإحجام عن إتيان الفعل الإيجابى المفترض - هو عنصر فى الامتناع ذاته، فإن الواجب الثانى هو عنصر فى النموذج القانونى لجريمة الامتناع .

ولتوضيح ذلك، فمن المبادئ الأساسية فى النظرية العامة للجريمة أنه " لا جريمة إلا بنص"، أى لابد من تطابق السلوك الإجرامى للنموذج الذى حدده المشرع، ومن الشروط فى النموذج القانونى لجريمة الامتناع ذات النتيجة الواجب القانونى، فإذا لم يوجد هذا الواجب لم تتحقق جريمة الامتناع، فضلاً عن وجود هذا الواجب القانونى بجعل المتهم (ضامنا) لعدم تحقق النتيجة، ومن ثم يُسأل عنهما باعتباره قد أخل بالالتزام الواقع عليه .

ويضيف أنصار هذا الرأى أن هذا الشرط - وهو شرط الحيلولة - يعتبر ركنا غير مكتوب من أركان الجريمة، لأنه بتحليل النموذج القانونى لجريمة الامتناع ذات النتيجة، لكى يطابق سلوكاً ما حدده الشارع فى ذلك النموذج، ينبغى أن تتوافر شروط فى سلوك الممتنع: الأول عنصر الإحجام، وهو عنصر فى الامتناع ذاته، والثانى واجب الحيلولة لمنع حدوث النتيجة ، فإذا لم يوجد هذا الواجب كان السلوك خارج إطار هذا النموذج القانونى، ومعلوم أن الواجب القانونى مصادره متعددة كما سبق بيانه، ويستخلص من أية قاعدة قانونية أو المبادئ العامة فى القانون أو العرف. وقد أصّل أنصار هذا الرأى فكرة الواجب القانونى إلى مبدأين أو أصلين: فالأول يُحمل المتهم واجباً بمنع الخطر، ويعنى ذلك وجود واجب بين المتهم والمجنى عليه يُفترض عليه وفقاً للقانون منع هذا الخطر، وذلك واضح فى العلاقة بين الزوجين وكل منهما يحمل واجباً قانونياً بحماية الآخر من الأخطار، أو من تلك الصلة ما بين الطبيب والمريض، وكذا مسئولية رب العمل عن عماله.

وأما المبدأ الثانى وهو كون المتهم مسئولاً عن نشوء هذا الخطر أو زيادة مقداره ، فمثال ذلك من يحوز حيوانات أو أشياء خطرة، فيكون عليه واجب قانونى بأن يقى الناس من خطر تلك الأشياء، وإن كان قد صدر منه فعل إيجابى بالحيازة فعليه التزام بالحيلولة دون حدوث ضرر أو خطر يقع على الآخرين. ومصدر هذا الواجب هو الالتزام العام الذى يفرضه الشارع على الناس بعدم الإضرار بالغير[1] .

وينبغى الإشارة إلى أن معظم التشريعات الجنائية الحديثة اعتنقت هذا المذهب حتى اصبح الراجح، ولعله قدم حلاً حاسماً وواضحاً لمشكلة علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية . وهذا الحل يوافق المنطق القانونى لما يتطلبه المشرع من مطابقة السلوك المجرم لنموذجه القانونى، ويوافق حماية الحقوق والمصالح التى يرعاها الشارع ويرضى الشعور العام بالعدالة الذى يتأذى بعد العقاب على هذا الامتناع.

وسوف نبين ذلك فى المبحث الذى يتناول التشريعات التى أقرت بعلاقة السببية.

الفرع الثانى
علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة فى الفقه المصرى

تمهيد :

علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة ثارت فى الفقه المصرى عند الحديث: هل يمكن لجريمة القتل أن تتحقق بسلوك سلبى من عدمه ؟

وعلى الرغم من اتفاق الفقه حول صلاحية السلوك الإيجابى لأن يكون سبباً فى إحداث نتيجة القتل، إلا أن الفقه المصرى انقسم بشأن صلاحية السلوك السلبى فى إحداث الوفاة . وسوف نعرض ذلك فيما يلى :

أولاً: صلاحية السلوك السلبى للقتل ومناقشة حجج الاتجاه المعارض .
ثانياً: الخلاف الفقهى بين أنصار الرأى القائل بسببية السلوك السلبى .
ثالثاً: القتل بسلوك مختلط .

أولاً: صلاحية السلوك السلبى للقتل بين التأييد والمعارضة

انقسم الفقه بشأن السلوك السلبى إلى اتجاهين: أحدهما ينكر صلاحيته ليحدث النتيجة، والآخر يقررها، وكل منهما له رأى سوف نعرض له فيما يلى[2] :

أولاً: الاتجاه المعارض لصلاحية السلوك السلبى :

الطبيب الذى يمتنع عن إجراء عملية جراحية لازمة لإنقاذ حياة مريض، أو امتناع الممرضة عن إعطاء الدواء الموصى به من الطبيب للمريض، فيموت المريض ، وامتناع الأم عن ربط الحبل السرى لوليدها، أو امتناعها عن إرضاعه فيموت.

يذهب أنصار هذا الرأى إلى عدم مسئولية الطبيب، والممرضة، والأم، استناداً إلى الحجج الثلاث الآتية :

١- القانون الفرنسى - وهو الأصل التاريخى للقانون المصرى- لا يقرر مسئولية الامتناع إلا بنص خاص يعكس ذلك.

٢- الامتناع عدم، والعدم لا ينتج إلا عدماً، ومن ثم لا يكون سبباً فى إحداث نتيجة إجرامية مثلما الحال فى السلوك الإيجابى.

٣- صعوبة إثبات توافر القصد الجنائى لدى الممتنع، والذى يحتاج إثباته صدور نشاط أو سلوك إيجابى يستدل به على القصد الجنائى.

---

(1) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٦١.
(٢) د. فتوح الشاذلى، د. على القهوجى : المرجع السابق دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠٠٣ ، ص ٣٩-٤٠-٤١.

ثانياً: الاتجاه المؤيد لصلاحية السلوك السلبى :

عكس ما سبق، يذهب أنصار هذا الرأى إلى مساءلة الطبيب والممرضة والأم عن سلوكهم السلبى المؤدى للوفاة. وقاموا بالرد على حجج الاتجاه المعارض بالآتى :

١- من المبادئ العامة فى التفسيرات أن القاعدة القانونية يتم تفسيرها طبقاً لظروف المجتمع الذى تطبق فيه، بل من المسلم به أن القاعدة القانونية بانفصالها عن المصدر قد دخلت حياة جديدة، ومن ثم يجرى عليها روح النظام القانونى الذى سلكت فيه. وإضافة إلى ذلك أن القاعدة القانونية -فى النظام القانونى الواحد- قابلة للتطور لكونها ترتبط بإرادة القانون ذاته، لا بإرادة واضع النص. ومن ثم لا يظل التفسير جامداً[1] ومن ثم لا مجال للاقتداء بما سار عليه القانون الفرنسى.

٢- السلوك السلبى ليس عدماً ، وإنما هو إمساك إرادى عن حركة عضوية، لتوافر الصفة الإرادية فيه كما توافرت فى السلوك الإيجابى ، وكل ما هنالك أنها إرادة مانعة للحركة، ومن ثم تصوير الامتناع على أنه عدم خطأ.

٣- والقول بصعوبة الإثبات للقصد الجنائى فى الامتناع ينتفى عند بيان أن القصد الجنائى يتحقق عند علم الممتنع بالظروف المحيطة بالمجنى عليه، وعليه واجب قانونى بمساعدته وإغاثته، فيمتنع إرادياً عن التدخل، فهنا تحققت جرائم الامتناع المجرد طبقاً للنص التجريمى، وإذا ترتبت نتائج إجرامية إما بصدد جرائم امتناع ذات نتيجة عمدية وغير عمدية حسب ظروف وملابسات الواقعة والتكييف القانونى الذى يراه القاضى للواقعة .

.... ويذهب الرأى الغالب فى الفقه المصرى إلى تأكيد صلاحية الامتناع – كقاعدة عامة – لتكوين الركن المادى للقتل ويشترط الفقه شرطان هما[2] :

الشرط الأول: واجب قانونى أو تعاقدى على الممتنع ، يلزمه بالتدخل لإنقاذ المجنى عليه أو رعايته، فيحجم إرادياً عن الوفاء بهذا الالتزام.

وتأسيساً على ذلك تسأل الأم عن قتل وليدها إذا امتنعت عن ربط الحبل السرى أو الامتناع عن رضاعته إلى أن يموت، وكذلك الممرضة التى تمتنع عن إعطاء العلاج للمريض حتى يموت.

وعلى العكس من عدم وجود الواجب القانونى أو التعاقدى فيمتنع على الممتنع مساءلته، كالشخص الذى يشاهد غريقاً يشرف على الهلاك فلا ينقذه رغم استطاعة ذلك، وإن كان ذلك مخالفاً المروءة والشهامة والأخلاق.

الشرط الثانى: قيام علاقة السببية بين الامتناع وبين النتيجة ، أى جعل الامتناع هو السبب فى حدوث الوفاة وطبقاً للمجرى العادى للأمور .

أما إذا توافر سبب آخر أدى إلى حدوث النتيجة الإجرامية، واقتصر دور الامتناع على كونه أكثر ملاءمة لحدوث النتيجة، فإن الامتناع قد سقط كسبب لحدوث النتيجة، ولا تعزى إليه، ومن ثم لا يُسأل الممتنع عنها إذا تحققت[3].

... خلاصة ما تقدم وقوع جريمة القتل بالامتناع أو الترك، بشرط أن يكون على الممتنع واجب قانونى يفرض عليه الحيلولة دون تحقق الوفاة، ويُسأل الممتنع طالما توافرت علاقة السببية الملائمة أو الكامنة لإحداث النتيجة.

ثانياً: الخلاف الفقهى بين أنصار الرأى القائل بصلاحية السلوك السلبى فى الفقه المصرى

بعد أن استقر الفقه الحديث على الرأى الراجح بمساواة الامتناع بالفعل الإيجابى فى إحداث القتل، وقيام علاقة السببية بالمواربة التى أدت إلى إحداث النتيجة ، فقد اختلف أنصار هذا الرأى فيما بينهم فى التفصيل بين موسع ومضيق[4] ،

---

(١) د. جلال ثروت: المرجع السابق ، ص ٦١.

(٢) د. فتوح الشاذلى: شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، مطبعة السعدنى ، طبعة ٢٠٠٧، ص ٢٥.

(٣) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، ص ٢٥.

(٤) د. محمد زكى أبو عامر: قانون العقوبات ، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة ٢٠٠٥، ص ٣٨٥.

ومعيار ذلك وجود التزام قانونى أو تعاقدى من عدمه، فالرأى الموسع لا يشترط وجود هذا الالتزام ... بينما الرأى المضيق يشترط وجود هذا الالتزام.

وسوف نعرض آراء كل رأى على حدة .

الرأى الأول : القائل بمعيار السببية لا الواجب القانوني :

ذهب جانب من الفقه[1] إلى عدم التسليم بفكرة الواجب القانونى على الممتنع ... فالامتناع قبل كل شىء سلوك إنسانى تحفل به الحياة اليومية، ويتطلب على أى الأحوال رابطة السببية فى القانون (بين السلوك والنتيجة التى وقعت) استناداً إلى كونها رابطة منطقية منتجة تصل بين السلوك والأثر الذى أحدثه فى العالم الخارجي .

وأضاف الأستاذ الدكتور جلال ثروت أن فكرة الواجب فكرة دخيلة على عناصر السلوك فى الجريمة، وأن اللجوء إليها يسبب صعوبة تصور قيام علاقة السببية بين الامتناع من ناحية والحدث من ناحية أخرى .. وأن فكرة الواجب بمعناها الواسع منبثقة من القاعدة الجنائية التى ترغب فى عدم وقوع حدث معين (كالوفاة)، لأن الشارع لا يقتل ويهتم بالنتيجة فيستوى عنده الإيجاب أم الامتناع فى حدوث النتيجة طالما تحققت ... وبمعنى آخر يجب على الكافة عدم إتيان السلوك الصالح لإحداث تلك النتيجة (الوفاة).

وأما القيد بالنص الصريح من القانون فيطرح جانباً إذا ما طبقنا القواعد العامة للقانون .

ومن ثم فلا مناص من التسليم بالامتناع لأن يكون سبباً لترتيب النتيجة، وفقاً لمعايير السببية لا وفقاً لمعيار الواجب القانونى .

الرأى الثانى : القائل بمعيار الواجب القانونى أو التعاقدى وهو رأى الجمهور من الفقهاء[2]:

يعيب أنصار هذا الرأى على الرأى السابق مساواته لفعل الامتناع لفعل الإيجاب مساواة مطلقة ، والصحيح إذا لم يكن على الممتنع التزام قانونى (يوجب عليه القيام بعمل معين وذلك أرفق بالناس والقول بغيره يفرض عليهم التزاماً بالبطولة والتضحية والجود بالمال من أجل الغير) ، تمتنع المساءلة سواء أكان هذا العمل يحتاج منه قدراً من التضحية والمخاطرة أم لا يحتاج لشىء من ذلك. وتأسيساً على ذلك لا يعد قاتلاً من يرى ضريراً يسير على شفا هاوية فلا يحذره فيسقط ميتاً، ولا من يرى غريقاً مشرفاً على الغرق أو إنساناً تحيط به النيران فلا يتقدم لانقاذه لأنه ليس ملزماً بذلك بمقتضى القانون أو العقد .

وهذا يؤدى إلى القول بأن الامتناع حقيقة قانونية خلقها القانون خلقاً ... ويفصل بين الامتناع القائم على الإخلال بالواجب القانونى والامتناع القائم على الإخلال بالواجب الأدبى أو الدينى أو الأخلاقى ، ولا يرى الامتناع كحقيقة طبيعية كما ذهب الرأى السابق، بل حقيقة قانونية مناطها الالتزام بالقانون لا بالأخلاق .

رأينا فى هذا الخلاف :

إن النفس إحدى الضروريات الخمس التى يحافظ عليها الدين - والدين المصدر الرئيسى للتشريع - وحياة الفرد من أنفس المصالح التى ينبغى الحفاظ عليها .... ومن ثم نرى التوسع كما ذهب الرأى الأول – استثناءً – وذلك بغية الحفاظ على الأرواح .

وقد فعل ذلك المشرع المصرى فى قانون العقوبات المصرى فى المادة ٢٣٨ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧

---

(١) د. جلال ثروت: المرجع السابق ، ص ٦٢-٦٣.

(٢) د. محمد زكى أبو عامر ، المرجع السابق ص ٣٨٦ ، ومن أنصار هذا الرأى د. رمسيس بهنام ص ٣١٤ ، د. حسن المرصفاوى ص ١١٥ ، ١٥٦ ، د. على راشد النظرية العامة للقانون الجنائى ١٩٦٦ ، ص ١٦١ ، د. أحمد فتحى سرور ص ٤٢٢ ، د. فتوح الشاذلى المرجع السابق ص ٤٣.

المعدلة بالقانون ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ الصادر فى ١٩ يوليو سنة ١٩٦٢ على أن "من تسبب خطأ فى موت شخص آخر، فإن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنين، وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وإذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجانى إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته، أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذى نجم عنه الجريمة أو نكل عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك ... وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سبع سنين إذا نشأ عن الفعل وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص . فإذا توافر ظرف آخر من الظروف الواردة فى الفقرة السابقة كانت العقوبة مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على عشر سنين ".

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ أنه "نظراً لتطور أساليب الحوادث فى العصر الحديث، بسبب كثرة الآلات الصناعية، ولتعدد نواحى النشاط الاقتصادى فى الحياة اليومية، حتى وصلت الحوادث فى بعض الأحيان إلى ما يشبه الكوارث لكثرة عدد الضحايا، ولأن النصوص القائمة بشأن القتل الخطأ والإصابة الخطأ لم تحقق الردع الكافى ، اتجه المشرع إلى رفع حدها الأدنى والأقصى فى حالة ما إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجانى إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته، أو إذا كان الجانى عند ارتكابه الخطأ الذى نجم عنه الحادث متعاطياً مسكراً أو مخدراً، أو نشأ عن الإصابة عاهة مستديمة، أو نكل وقت الحادث عن مساعده من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك ... كما جعل المشرع من تعدد المجنى عليهم فى الجريمتين ظرفاً مشدداً آخر تغلظ به العقوبة، دون تغيير طبيعة الجريمة من جنحة إلى جناية، لأن وصف الجناية لا يتلاءم مع حصول الحادث عن خطأ...

وبهذا يمكن درء أسباب كثيرة من التنكبات والحوادث التى تهدد حياة المواطنين الآمنين :

وواضح من نص المادة ٢٣٨ ، والمذكرة الإيضاحية أن النكول وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكينه من ذلك هو ظرف مشدد لتغليظ العقوبة ... <u>وما النكول هنا إلا واجب دينى أو أخلاقى قبل أن يكون التزاماً قانونياً وذلك لرفع تهديد الحياة</u> ... وهذا الامتناع المتمثل فى النكول هو امتناع يرفضه الدين، وقد قال الله عز وجل فى سورة المائدة (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) ... مما لا شك فيه أن عدم النهى عن الإيذاء أو رفع الخطر هو بمثابة الشريك فى الإيذاء أو الخطر الواقع ... وأيضاً قال المصطفى عليه الصلاة والسلام (من نفس على مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة يوم القيامة ... ومن أعان مسلماً أعانه الله ، والله فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه) (1).

<u>وخلاصة القول :</u>

أن الإغاثة وإعانة الملهوف تحتاج إلى نص قانونى لتجريم الممتنع ، ويجب محاسبة الممتنع متى كان فى استطاعته تقديم المساعدة، وذلك درءاً للنكبات والحوادث التى تهدد حياة المواطنين، كما ذهب إلى ذلك المشرع المصرى فى المذكرة الإيضاحية السابقة(2).

---

(١) فهرس أبو داود ، كتاب الأدب ، باب معونة المسلم ، حديث رقم ٤٩٤٦.

(٢) وفى حياتنا العملية ما يثبت ذلك، مثل حادث السطو المسلح الذى تم فى وضح النهار وبطريق قنال المحمودية دائرة قسم محرم بك، تلك المنطقة التى تكتظ بكثافة سكانية وعمالية، وترجع وقائع تلك القضية إلى أنه بتاريخ ٢٠٠٨/١٠/٢٢ تبلغ قسم شرطة محرم بك من بعض الأهالى بقيام مجهولين يستقلون سيارة ملاكى بدون لوحات باعتراض سيارة إسعاف تابعة لشركة مضارب الأرز الكائنة بطريق قنال المحمودية، والتى تبعد عن مكان الواقعة بحوالى ٢٠٠ متر تقريباً، والاعتداء على سائق السيارة والمحاسب الذى كان يجلس بجواره، وإحداث إصابات بهما وسرقة مبلغ مالى قدره ٢٥٠٠٠٠٠ جنيه على مرأى ومسمع من العديد من المارة وأصحاب المحلات المطلة على سكان المنطقة والتى تبعد عن مكان الواقعة أمتاراً قليلة، وقد أثبت الفحص أن أحداً لم يتحرك من مكانه لنجدة المجنى عليهما وإغاثتهما، وهذا يثبت السلبية واللامبالاة عن إغاثة الملهوف، وقد هزت هذه القضية الرأى العام بمدينة الإسكندرية. وقد كان لى شرف العمل فى فريق البحث، والذى تمكن بعون الله من القبض على المتهمين فى ٢٠٠٨/١٠/٢٤ وبحوزتهم المبلغ المسروق، وتحرر عن ذلك القضية رقم ٣٩٤٩١ لسنة ٢٠٠٨ جنايات محرم بك وتم إحالة المتهمين إلى محكمة الجنايات .

ثالثاً: القتل بسلوك مختلط

يتساءل الفقه عما إذا كان من الممكن أن ترتكب جريمة القتل بسلوك إجرامى يجمع بين الفعل والامتناع.

وهذا السؤال طرحته دعوى أمام القضاء المصرى، وقضى فيها بمسئولية الفاعل عن قتل مقصود. وترجع وقائع الدعوى فى أن المتهم - لعداء بينه وبين آخر - خطف طفليه وذهب بهما إلى زراعة القصب وأحدث بهما إصابات جسيمة أعجزتهما عن الحركة، ثم تركهما يموتان جوعاً، فمات أحدهما وتم إنقاذ الثانى، وقرر الطبيب الشرعى أن الوفاة نشأت عن الإصابات، ومن ضعف الحيوية الناتج عن منع الطعام عن المجنى عليه.

وعندما طعن الجانى فى الحكم أيدت محكمة النقض الحكم، وقضت بأنه مما لا نزاع فيه أن تعجيز شخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً، وتركه فى مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة بنية قتله يعتبر قتلاً عمداً (أى مقصوداً) متى كانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال(1).

والفقه يجمع على مسئولية الجانى عن القتل فى هذه الحالة، لأن سلوك الجانى تمثل فى مجموعه من الحركات العضلية الإرادية المختلطة بينهما إيجابى وبعضها سلبى ... وما الامتناع هنا إلا تمكين للعمل الإيجابى من إحداث آثاره وبمعنى آخر وسيلة للمحافظة على آثار الفعل الإيجابى، أو حلقة من حلقات الفعل المؤدى لإحداث النتيجة .

ما سبق عرضه يتعلق بالسلوك الإجرامى (البسيط) المكون من فعل واحد (امتناع أو فعل) ، أما إذا تعدد السلوك بتعدد الأشخاص واختلاط السلوك الإيجابى والسلبى، فيخضع ذلك للقواعد العامة للمساهمة الجنائية المنصوص عليها فى المواد ٣٩ إلى ٤٤ من قانون العقوبات المصرى .

الفرع الثالث
علاقة السببية في جرائم الامتناع ذات النتيجة
فى القضاء المصرى

اتخذ القضاء المصرى نفس اتجاه القضاء الفرنسى بالاعتراف بجرائم الامتناع ذات النتيجة غير العمدية، وعدم الاعتراف بجرائم الامتناع ذات النتيجة العمدية . فقد قضى بأن سكوت ضابط الشرطة عما يجرى فى حضوره من تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف لا يجعله مسئولاً عن جريمة تعذيب متهم لحمله على الاعتراف، ولا يجعله شريكاً حتى فى جريمة ضرب(2). وقضى أيضاً فى شأن الأم التى لم تربط الحبل السرى لوليدها وتركته حتى هلك (أنه لم يقع من المتهمة عمل إيجابى يؤخذ منه أنها تعمدت القتل)، ولا يعتبر تركها المولود بلا عناية جريمة معاقب عليها، حتى ولو سلم بأن تسبب عنه الموت(3) .وقضى بعقاب حارس على زراعة قطن محجوز عليها باعتباره مبدداً لها، حيث نسب إليه ترك الزراعة بغير أن يجنيها بعد أن نضجت حتى أتلفتها الرياح (4).

وعلى الرغم من حكم محكمة النقض بأن "تعجيز شخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً، وتركه فى مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة بنية القتل، يعتبر قتلاً عمداً متى كانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال(5) .. فإنه لا يكشف عن رأى محكمة النقض فى مشكلة جريمة الامتناع العمدية ذات النتيجة، لأن ما صدر من الجانى فى هذه المشكلة لم يكن امتناعاً خالصاً، لسابقة صدور فعل إيجابى منه، ثم أعقبه سلوك سلبى سعياً لتحقيق النتيجة .

---

(١) نقض ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ج٤ ص ٢٧ رقم ٢٨.
(2) الاستئناف ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ الحقوق س ١٧ رقم ٥٧ ص ١٠٦.
(3) جنايات الزقازيق ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة س٤ رقم ٥٥٨ ص ٦٨٨.
(4) دكرنس الجزئية ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة س١٤ رقم ٣٧٥ ص٧٣٤.
(5) نقض ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ج٤ رقم ٢٨ ص ٢٧.

ورفض القضاء المصرى اعتبار المساعدة كوسيلة اشتراك فى جرائم الامتناع ذات النتيجة، بل اشترط أن تكون فعلاً إيجابياً وذلك واضح من حكم محكمة النقض (لا جدال فى أن الاشتراك فى الجريمة لا يتكون إلا فى أفعال إيجابية، ولا ينتج أبداً من الأعمال السلبية[1]).

موقف القضاء المصرى :

عرضت على القضاء المصرى قديماً وقائع محدودة لم يتبين منها اتجاه واضح ... فقد قضت محكمة جنايات الزقازيق فى ٩ فبراير ١٩٢٥[2] ببراءة أم - تركت وليدها يموت بعد ولادته - من تهمة القتل العمد، استناداً إلى أنها لم ترتكب عملاً إيجابياً يستفاد منه توافر قصد القتل لديها .

كما اعتبر قاضى إحالة المنيا[3] أن امتناع الأم عمداً عن ربط الحبل السرى لوليدها حتى مات جنحة قتل خطأ، لعدم التحقق من توافر القصد الجنائى لديها، واستناداً إلى الراجح من الفقه الفرنسى من أن القتل العمد لا يقع بطريق الامتناع.
... وقررت محكمة النقض[4] أن تعجيز شخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً، وتركه فى مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة، يعتبر قتلاً عمداً متى اقترن ذلك بنية القتل، وكانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال .. ولا يصح الاستدلال من هذا الحكم أن محكمة النقض أخذت بالراجح من الفقه المصرى، بإمكانية قيام القتل العمد بالامتناع، وذلك لاختلاط السلوك السلبى للمتهمين بأفعال إيجابية تكاتفت جميعاً إلى النتيجة التى تحققت بوفاة المجنى عليه.

كما قضت محكمة جنح سفاجا الجزئية فى ٢٠٠٨/٧/٢٧[5] بمعاقبة ربان السفينة (سنت كاترين) الذى امتنع حال كونه ربان سفينة مبحرة عن بذل ما يستطيعه من جهد لا يترتب عليه خطر جدى لسفينة ولراكبيها، لإنقاذ البعض من ركاب السفينة الغارقة الموجودين فى البحر والمعرضين لخطر الهلاك، وفقاً لقواعد الاتفاقيات الدولية، وذلك بعدم تقديم وسائل نجاة لهم، رغم قربه من مكان تواجدهم واستطاعته ذلك، مما ساهم فى بقاء المجنى عليهم فى المياه الباردة لفترة طويلة، وضعف مقاومتهم وموتهم غرقاً ، وذلك استناداً إلى نصوص المواد ٢٣٨ ، ٢٤٤ من قانون العقوبات ، والمادة ٢٢ من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٧ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأمن والنظام والتأديب فى السفن، والمادة ١/٣٠٤ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بإصدار قانون التجارة البحرية .

الخلاصة :

لا يمكن القول حتى الآن بأن محاكمنا الجنائية قد اعتنقت رأياً معيناً فى مدى إمكان ارتكاب الجريمة الإيجابية بسلوك سلبى، متى كانت عمدية كالقتل العمد والجرح والضرب. وذلك على عكس الجرائم غير العمدية، فالمشرع اتخذ موقفاً صريحاً فى هذا الموضوع فى المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤، فاعتد من صور الخطأ غير العمدى - الذى يصح أن يكون سبباً فى قتل الغير أو إيذائه - مجرد الإهمال أو عدم الاحتراز، أو عدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة، ويدخل فيها كلها صور الخطأ بالترك أو الامتناع عن التدخل[6] .

بيد أن الصعوبة قد انحصرت فى الجرائم العمدية، لكون النصوص جاءت خالية من الإشارة إليه، ويستثنى من ذلك الجرائم السلبية المجردة، والتى تقع بمجرد إتيان الفعل ذاته، مثل جرائم الامتناع عن الشهادة وعن امتناع القاضى فى الفصل فى الدعاوى.

---

(6) الاستئناف ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ الحقوق س ١٧ رقم ٥٧ ص ١٠٦.
(١) المحاماة ، السنة ٥ ، رقم ٥٥٨.
(٢) المحاماة، السنة ٢ ، رقم ٩٥.
(٣) نقض ٢٨ ديسمبر ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ج٤ ، رقم ٢٨ ، ص ٢٧.
(5) حكم محكمة جنح سفاجا بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٢٧ فى القضية رقم ١٥٢٥ لسنة ٢٠٠٦ جنح سفاجا (قضية غرق العبارة السلام ٩٨ الشهيرة).
(6) د. رؤوف عبيد: السببية الجنائية ، مطبعة الاستقلال الكبرى ، طبعة ١٩٨٤ ، ص ٣٣١.

الفرع الرابع
علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة فى القضاء المقارن

تمهيد :

نتناول كيفية معالجة القضاء المقارن لمشكلة علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة فى القضاء الفرنسى، ثم القضاء الألمانى، الذى يعترف بالعلاقة القانونية بين الامتناع والنتيجة بشروطها.

أولاً: علاقة السببية فى جرائم الامتناع ذات النتيجة فى القضاء الفرنسى

القضاء فى مصر وفرنسا يأخذ بالرأى الفقهى الذى ينكر علاقة السببية بين الامتناع والجريمة، ومن ثم لا وجود لجرائم الامتناع ذات النتيجة، وتعليل ذلك بأن الشارع لم ينص صراحة على الجرائم العمدية ذات النتيجة وإلا تعين النزول على حكمه.

وإنما اعترف بجرائم الامتناع غير العمدية ذات النتيجة، وذلك واضح من صياغة السلوك الإجرامى فى النموذج القانونى لجرائم الخطأ، حيث يتسع مدلول العبارات وصياغتها ليشمل الفعل الإيجابى والسلبى على السواء إذا كانت النتيجة غير عمدية .

القضاء الفرنسى :

قضت (محكمة استئناف بواتية) بأن ترك فتاة مصابة باختلال عقلى فى غرفة سيئة التهوية والإضاءة، وجعلها تنام على فراش شديد القذارة، والامتناع عن تقديم طعام أو أى رعاية أو عناية، وقد أصيبت من جراء ذلك بأضرار صحية بالغة الخطورة ، فإن هذا السلوك لا تقوم به جريمة الجرح أو الضرب أو العنف المتعدى العمدية[1].

وأيضاً فى حكم لاحق لها (ذات المحكمة) بأن امتناع الزوج عن تقديم أية عناية إلى زوجته المريضة بمرض خطير، وجعلها تجلس على مدى أيام عديدة على مقعد فى وضع مؤلم بدلاً من أن ترقد على الفراش، ثم نقلها إلى حظيرة الحيوانات فى جو شديد البرودة إلى أن ماتت، فإن هذا السلوك لا تقوم به جريمة الجرح أو الضرب أو العنف أو التعدى المفضى للموت (م ٣١١ من قانون العقوبات الفرنسى) لعدم ثبوت عمل إيجابى على الزوج[2] .

وقضت محكمة استئناف باريس[3] بأن جريمة خيانة الأمانة لا ترتكب بالامتناع، وذلك حين قضت ببراءة مدير صيانة وإصلاح طائرات، حين استلم طائرتين مملوكتين لوزارة الطيران لإصلاحهما ، إلا أن دائنى الشركة قاموا بالحجز عليهما ظانين أنهما ملكٌ للشركة، ونسب إلى المدير أنه امتنع عن الحيلولة دون توقيع الجزاء وإجراء البيع على الرغم من علمه بذلك، إلا أن المحكمة برأته لعدم صدور فعل إيجابى منه سواء فى الاختلاس أو التبديد.

وقد استقر القضاء الفرنسى على أن المساعدة كوسيلة اشتراك لا تتصور بمحض امتناع عن الحيلولة دون ارتكاب الفعل الإجرامى، حتى لو بينت وجود قانونى بذلك .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن سكرتير نقابة عمالية لا يسأل كشريك بالمساعدة فى جرائم اعتداء وعنف،

---

(1) Cour de poitiers, 20 nov. 1901, D1902.2.81, note le poitevin, s, 1902,2,2, 305 note Hemard
(2) Gaur de poitiers, 17 oet , 1913 s . 19142103 .
(3) Cour de paris, 19 dèc, 1936, Gaz palais, 4 Mars 1937, Revue de Science crim 1437.p. 285 obs Magnol.

ارتكبها عمال أعضاء فى النقابة أضربوا عن العمل، ضد عمال آخرين أعضاء فى النقابة رفضوا الإضراب، لمجرد أنه لم يحل دون ارتكاب هذه الأفعال، على الرغم من أن ذلك كان فى نطاق سلطته، وصفته النقابية التى تخوله ذلك وتفرض عليه الالتزام بالتدخل[1] .

غير أنه يجدر الإشارة إلى اعتراف القضاء الفرانسى بأن جرائم القتل والإيذاء البدنى غير العمدى تُرتكب بالامتناع مثلما ترتكب بالفعل الإيجابى، حيث الإهمال أو عدم الانتباه صورة للخطأ غير العمدى ويتصل بالامتناع حينئذ.

ثانياً: علاقة السببية فى جرائم الامتناع ذات النتيجة فى القضاء الألمانى[2]

تمهيد :

م ١٣ من قانون العقوبات الألمانى تنص على أنه من امتنع عن الحيلولة دون حدوث نتيجة تنتمى إلى العناصر التى يحددها نص عقابى، يُعاقب وفقاً لهذا النص إذا كان ضامناً لعدم حدوث النتيجة، وكان امتناعه معادلاً لتحقيق العناصر القانونية للجريمة عن طريق الفعل الإيجابى، ويجوز أن تخفف العقوبة وفقاً للمادة ٤٩ الفقرة الأولى .

وقد أراد الشارع الألمانى أن يشير إلى الواجب القانونى المفروض على المتهم بالحيلولة دون حدوث النتيجة بقوله (المتهم ضامن لعدم حدوث النتيجة الإجرامية) وبمعنى آخر أراد القانون أن يفرض على المتهم التزاماً بمنع تحقق النتيجة الإجرامية، وذلك بالنظر إلى علاقته بالمجنى عليه، أو بالنظر إلى مركز قانونى أو تعاقدى يحتله .

كما اشترط المشرع الألمانى أن يكون الامتناع معادلاً لتحقيق العناصر القانونية للجريمة عن طريق الفعل الإيجابى ، وذلك بمعنى أنه يتعين وجود علاقة قانونية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية، تعادل علاقة السببية بين الفعل الإيجابى والنتيجة الإجرامية . وقد استعمل المشرع ذلك التعبير لكى يتسع لذات الشروط التى يتطلبها الفقه والقضاء فى الامتناع، وكذا فى العلاقة بينه وبين النتيجة الإجرامية .

وأجاز المشرع تخفيف العقاب إذا حقق المتهم النتيجة الإجرامية بامتناعه، وعلة ذلك أن الامتناع أقل من ناحية الخطورة الإجرامية عنه فى الفعل الإيجابى، وذلك بالقياس، إلا أن ذلك جوازى كما هو مبين فى النص، وليس قاعدة مطلقة ، لأنه فى بعض الحالات قد يكون الامتناع أكثر خطورة من الفعل الإيجابى، وضوابط التخفيف التى أشار إليها هى الأعذار القانونية المخففة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٤٩.

القضاء الألمانى يعترف بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية طبقاً لنظرية تعادل الأسباب :

يعترف القضاء الألمانى بتطبيق علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة، خاصة فى الجرائم العمدية، وذلك وفقاً لنظرية تعادل الأسباب . مثلما طبقها فى الجرائم الإيجابية، مستعيناً بذات الضابط فى تلك النظرية (إذا ثبت أنه لولا الامتناع لما حدثت النتيجة) [3].

وقد أسس هذه النظرية الفقيه الألمانى فون بورى فى أواخر القرن التاسع عشر، وهى النظرية الراجحة لدى القضاء الجنائى فى ألمانيا، وسادت فى الفقه الألمانى الحديث. وجوهر هذه النظرية أن سلوك الجانى يكون سبباً للنتيجة الإجرامية متى كان هذا السلوك أحد العوامل التى ساهمت فى إحداث النتيجة، ويكفى أن يكون سلوك الجانى أحد هذه العوامل فقط، حتى ولو كان نصيبه فى المساهمة محدوداً أو ضئيلاً للغاية وكانت العوامل الأخرى متفوقة عليه تفوقاً

---

(1) Cass, Crim . 26 oct. 1912.s.1914 1.225 note Raux , Cass. Crim 15 janv. 1948 s.1944 i.81, nde. A. legal.27 oct.1971, Gaz pal .14 Janv.1972, Pevue de Science crim 1472 p. 375.Obs. A legal.

(2) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٧٠.

(3) نقض ١٦ أبريل ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ج٢ رقم ٢٣٨ ص ٢٩٠ ، ٢٢ مارس سنة ١٩٧٠ س١٢ رقم ٧٣ ص ٣٦٦ (مشار إليه فى مؤلف جرائم الامتناع والمسئولية الجنائية للامتناع للدكتور/ محمود نجيب حسنى ، طبعة ١٩٨٦ ، دار النهضة العربية ، هامش ص ٧٠.

ملموساً[1]. وللتأكد من توافر رابطة السببية بين سلوك الجانى والنتيجة الإجرامية يتم تطبيق المعيار "لولا هذا السلوك ما كانت النتيجة" [2].

إلا أن القضاء الألمانى واجه مشكلة تتعلق بدرجة اليقين أو الاحتمال الذى يتطلبه إزاء تخلف النتيجة عند افتراض إتيان الفعل الإيجابى الذى كان مفروضاً عليه[3] ، هل يتطلب يقيناً بتخلف النتيجة ؟ أم يكتفى بمجرد احتمال تخلفها ؟ .

وقد اتجهت المحكمة العليا فى ألمانيا إلى اشتراط (احتمال تخلف النتيجة)، وعَدلت عن شرط (التيقن بتخلف النتيجة)، وتركت تحديد درجة الاحتمال لقاضى الدعوى يستظهرها وفقاً للخبرة العامة ، أو بمعنى آخر المجرى المعتاد للأمور .

القيود الواردة على اتساع نطاق المسئولية الجنائية[4] :

مما لا شك فيه أن الاعتراف بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية بتطبيق هذا المعيار (لولا الامتناع لما حدثت النتيجة) سوف يؤدى إلى توسيع نطاق المسئولية الجنائية، أى الاتساع فى نطاق جرائم الامتناع ذات النتيجة، خاصة العمدية .

وهذا التوسع قد يبدو لأول وهلة مجافياً لبعض النصوص وأحياناً للعدالة ... ومن ثم كان اتجاه القضاء الألمانى لالتماس بعض القيود لتطبيق هذا الاتساع ، وقد التمس ذلك فى عنصرى الخطأ وعدم المشروعية من عناصر المسئولية الجنائية، وذلك مثلما اتبع ذلك فى الجرائم الإيجابية .

ويعنى ذلك أن المتهم ، بالامتناع لا يتم مساءلته جنائياً عن النتيجة إذا لم يثبت عدم مشروعية الامتناع ، وأيضاً لا يُسأل جنائياً إذا لم تثبت لديه الخطيئة تجاه هذه النتيجة . ولا تثير الخطيئة صعوبة، حيث تخضع للقواعد العامة بشأن الركن المعنوى للجريمة ، بينما الصعوبات تثور بشأن عدم مشروعية الامتناع.

ضابط عدم مشروعية الامتناع[5] :

إن ضابط عدم مشروعية الامتناع هو ذلك الواجب القانونى الملقى على عاتق المتهم بالامتناع ويُلزمه بالحيلولة دون حدوث هذه النتيجة، بمعنى أنه لا يسأل المتهم بالامتناع عن النتيجة الإجرامية إلا إذا ثبتت عدم مشروعية الامتناع . وبذلك الضابط أخذ القضاء الألمانى بالرأى القائل (اعتبار الواجب القانونى) عنصراً فى جريمة الامتناع ذات النتيجة، باعتباره عنصراً فى عدم المشروعية، أى ليس ركناً على حدة أو عنصراً فى المطابقة للنموذج القانونى للجريمة .

ويلاحظ أن اعتناق القضاء الألمانى لعنصر الواجب القانونى، واعتباره ضابطاً لعدم المشروعية، قد يتعارض مع القول السائد فى الفقه – والذى نرجحه- بأن الواجب القانونى عنصر فى الامتناع ذاته ، إلا أن الدكتور محمود نجيب حسنى وضح ذلك قائلاً أن عنصر عدم المشروعية هو الالتزام بالحيلولة دون حدوث النتيجة غير المشروعة مما يعنى أن هناك واجبين بينهما اختلاف فى الموضوع، فموضوع الأول إتيان فعل وأما الثانى فهو الحيلولة دون حدوث النتيجة . وبناءً على ذلك إذا كان المتهم لا يحمل واجباً قانونياً بالحيلولة دون حدوث نتيجة ، وإنما يحمل واجباً أخلاقياً فحسب، فهو لا يُسأل بالتبعية عن النتيجة إذا حدثت ، وتأسيساً على ذلك قضى بأن الأم لا تحمل واجباً قانونياً بالحيلولة بين ابنتها البالغة التى تمارس أفعالاً ماسة بالأخلاق، وإن كانت تحمل واجباً أخلاقياً، فإنها لا تسأل عن هذه الجرائم ، استناداً إلى أن الأم فى هذا

---

(1) أخذ على هذه النظرية أنها تؤدى إلى نتائج غير عادلة لأنها تجعل سلوك الجانى سبباً فى النتيجة الإجرامية دائماً بصرف النظر عن تأثير الضعيف أو القوى فى إحداث النتيجة .

(2) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق ، ص ٣٨١ وما بعدها .

(3) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٧١ ، وهامش رقم ١ ، ٢ ، ٣ .

(4) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٧٢ ، وهامش رقم ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥ .

(5) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٧٣ .

الفرض لا تحمل سوى واجب أخلاقي فحسب.

مصادر الواجب القانوني في القضاء الألماني[1] :

توسع القضاء الألماني في تحديد مصادر الواجب القانوني، فلم يشترط أن يكون هذا الواجب القانوني منصوصاً في قانون العقوبات أو في أي من القوانين المكملة له ، وإنما أجاز القضاء الألماني أن يكون مصدر الواجب القانوني نصاً في أي فرع من فروع القانون كالقانون المدني مثلاً .

وتطبيقاً لذلك أقر القضاء الألماني بأن الواجبات التي يفرضها القانون المدني على الزوجين - كل منهما تجاه الآخر - تصلح لأن تقوم به جرائم امتناع ذات النتيجة .

كما اعترف القضاء الألماني بالواجبات التي تصدر عن لوائح، سواءً كانت هذه اللوائح عامة أم كانت لوائح مهنية ، فضلاً عن ذلك فقد أجاز هذا القضاء أن يكون مصدر الواجب القانوني العرف، بشرط أن تتوافر له الشروط التي تجعله صالحاً لأن يكون مصدراً لقاعدة قانونية ، وأخيراً فقد أجاز القضاء الألماني أن يكون مصدر الواجب القانوني أحد المبادئ القانونية العامة حتى لو كانت غير مكتوبة .

ولم يشترط القضاء الألماني أن يكون مصدر الواجب القانوني قاعدة من قواعد القانون، وإنما أجاز أن يكون مصدره واقعة منشئة لالتزام على الشخص، سواءً كانت هذه الواقعة واقعة قانونية مثل العقد ، أو واقعة عادية كالعمل غير المشروع الموجب للمسئولية.

ويستوي لدى القضاء أن يكون الفعل الضار مصحوباً بالقصد الجنائي أو بالخطأ غير العمدي، أو أن يكون مجرداً من الخطيئة، ويبحث عن الركن المعنوي لجريمة الامتناع ذات النتيجة فيما يكون قد توافر لدى الممتنع من خطيئة لحظة امتناعه وهي بالضرورة لاحقة على لحظة إتيان الفعل الضار . لأن العمل الضار يفرض على مرتكبه حينئذ عملاً إيجابياً لاحقاً للحيلولة دون حدوث النتيجة، فإذا أحجم عن إتيانه فإن امتناعه يكون جريمة امتناع، والنتيجة في هذه الجريمة هي توقعه لأثر فعله الضار .

قيود القضاء الألماني على الواجب القانوني[2] :

لكي تنعقد المسئولية الجنائية الناشئة عن جرائم الامتناع ذات النتيجة، أورد القضاء قيدين على فكرة الواجب القانوني بعد أن توسع في مصادره، وهما :

القيد الأول : واجب الحيلولة دون حدوث النتيجة الإجرامية : فلا يكفي أن يوجد على عاتق المتهم واجب إتيان العمل الإيجابي، وإنما يلزم أيضاً واجب ثان، هو الحيلولة دون حدوث النتيجة الإجرامية .

وللقضاء الألماني سلطة تحديد هذا النطاق، الذي يشمل الواجب القانوني المفروض على المتهم، وما إذا كان يشمل واجب إتيان الفعل الإيجابي الذي أحجم عنه، أم يشمل أيضاً واجب الحيلولة .

ولهذا القيد أهمية كبيرة ، فنصوص قانون العقوبات - التي تنص على جرائم امتناع بسيطة - لا تعتبر مصادر لواجبات قانونية تقوم بها جرائم الامتناع ذات نتيجة، لأن النص في هذه الحالة يقرر واجب إتيان فعل، ولا يقرر واجباً بالحيلولة دون النتيجة .

مثال ذلك م ١٣٩ من قانون العقوبات الألماني يعاقب بالحبس (كل شخص توافر لديه علم جدي موضع للثقة بوجود مشروع لارتكاب جريمة قتل ضد شخص معين، في وقت كان تفادي وقوع هذه الجريمة ممكناً، فأغفل مع ذلك إبلاغ السلطات المختصة أو المجني عليه المحتمل لهذا المشروع) .

فإذا امتنع عن الإبلاغ فلا يُسأل عن القتل وإنما يسأل عن مجرد الامتناع، لأن المشرع لم يفرض واجب عدم الحيلولة .

---

(1) د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق ، ص ٧٤ ، وهامش رقم ١ .

(2) د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق ، ص ٧٥.

القيد الثانى : إذا كان مصدر الواجب القانونى العقد أو الفعل الضار، فإنه يتعين أن يكون من شأن إبرام العقد أو ارتكاب الفعل الضار نشأة خطر للمجنى عليه : أو زاد من مقدار الخطر الذى كان معرضاً له من قبل ... فبهذا الشرط يلزم المتهم بإتيان فعل من شأنه تفادى الخطر الذى أنشأه أو زاد من خطره ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط فلا يسأل المتهم عن النتيجة العمدية التى أفضى إليها هذا الخطر .

وتطبيقاً لذلك، إذا أجرى المتهم تنفساً صناعياً لغريق ثم امتنع عن الاستمرار فى التنفس الصناعى فمات، فلا يُسأل عن موته.

وعلى العكس ، فالمالك الذى يقوم بحفر بئر فى طريق عام لغرض معين وترك المكان بلا إضاءة وبغير اتخاذ ما يلزم لمنع سقوط أحد المارة به، يُعد مرتكباً لجريمة امتناع إذا سقط أحد المارة فى هذا البئر ومات ، ذلك لأن فعله لحظة ارتكابه أنشأ خطراً للمارة.

تطبيقات قضائية لجرائم الامتناع ذات النتيجة فى القضاء الألمانى[1]

أولاً: تطبيقات لجرائم امتناع كواجب قانونى مصدره قاعدة قانونية :

القاعدة القانونية قد يكون مصدرها نصاً أو مبادئ عامة للقانون، وقد تختص بالعلاقات العائلية أو فى المجال المهنى.

أ- ففى مجال العلاقات العائلية :

قضى بأن الزوج يلزم قانوناً وبحكم صفته بمنع زوجته من ممارسة الدعارة، فإذا امتنع كان مسئولاً عن جريمة تسهيل دعارة . كما قضى بأن الأب بحكم أنه رب للأسرة يلزم قانوناً بأن يحول دون ارتكاب جريمة هتك عرض ضد الخادمة القاصرة فى بيته ، فإذا امتنع عن أداء هذا الواجب كان مسئولاً عن جريمة حض القصر على الفجور .

كما قضى بأن الأم التى تلد ابنتها القاصرة فى المنزل العائلى ملزمة بتقديم العناية لطفل ابنتها القاصرة، وفقاً لما تقتضيه حالته حتى يستمر على قيد الحياة، فإذا أغفلت الأم أداء هذا الواجب فمات الطفل كانت مسئولة مسئولية غير عمدية .

ب- فى المجال المهنى :

قضى بأن ربان السفينة لصفته وبناء على سلطته[2] يلزم قانوناً بمنع التهريب الذى يقوم به البحارة العاملون تحت رئاسته، فإذا أخل بهذا الواجب كان مسئولاً عن جريمة التهرب الجمركى.

ثانياً: الامتناع المخالف لواجب قانونى مصدره العقد أو الفعل الضار :

من المعلوم أن الشخص الذى صار طرفاً فى عقد أو أى فعل ضار قد وضع نفسه فى مركز قانونى خاضع لمجموعة القواعد القانونية التى تحكم هذا العقد، أو ممارسة نتيجة إجرامية، فإذا أخل كان مسئولاً عن هذه النتيجة .

أ- ففى مجال العقد :

المتهم الذى يتعاقد مع أعمى يقوده فى الطريق ليحميه من المخاطر والانزلاق ، فإذا امتنع عن هذا الواجب فأصيب الأعمى بجروح كان مسئولاً عن جريمة الإيذاء البدنى .

---

(1) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٧٧ ، وهامش رقم ١ ، ٢ ، ٣ .
(2) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٧٨.

ب- وفى مجال الفعل الضار :

الفرض أن الفعل الذى ارتكبه المتهم أنشأ خطر دون حدوث نتيجة إجرامية، فينشأ واجب إتيان عمل إيجابى لتفادى هذه النتيجة، فإذا نكل عن هذا العمل الإيجابى فحدثت هذه النتيجة كان مسئولاً عنها.

وفى الغالب الفعل الضار يكون مصطحباً بالخطأ، إذا اصطحب الامتناع القصد الجنائى يكون الجريمة عمدية .

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا دخل المتهم فى بيت به كمية كبيرة من القش والحطب وهو يدخن، فاصطدم بسلك ممتد فى البيت فتطايرت منه شرارات أصابت القش، فاشتعلت النار، وكان يستطيع إطفاء الحريق فامتنع، كان مسئولاً عن حريق عمدى .

الفرع الخامس
التشريعات الأجنبية والعربية التى أقرت
بسببية الامتناع

تمهيد :

وضع ضابط للسببية أمر ليس سهلاً، فهو يتعرض لأصعب المشكلات التى تتصور عن التعرض لجرائم الامتناع، ففضلاً عن هذا الضابط ، لن يصدق على كل الأحوال والظروف فى أكثر ما يتكشف العمل عن احتمالات واقعية متنوعة، لم يتخيلها أو يتصورها المشرع حين وضع النصوص لمعالجة جرائم الامتناع، حتى ولو وضع عبارات مرنة تسمح للقاضى بسلطة تقديرية .

ولعل ذلك هو ما دعا إلى سكوت كثير من التشريعات عن وضع ضابط للعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة المترتبة عليه، ومنها التشريع المصرى، إلا أن هناك تشريعات أجنبية وعربية تخالف هذا الموضوع، وخاصة أنها اتفقت على التسوية بين الفعل والامتناع لقيام علاقة السببية لكل منها .

أولاً: قانون العقوبات الإيطالى :

نص م ٣/٤٠ من قانون العقوبات الإيطالى سنة ١٩٣٠ على اعتبار الامتناع عن منع نتيجة معادلاً لإحداثها، إذا كان على الممتنع التزام قانونى بالتدخل[1] .

وهذا النص أقر علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة، بشرط أن يكون على الممتنع التزام قانونى بالتدخل، ولكى يسأل الممتنع عن النتيجة يلزم أن يكون عليه واجب الحيلولة دون حدوث نتيجة .

ثانياً: قانون العقوبات السويسرى :

نصت م ١٢٧ من قانون العقوبات السويسرى على عقوبة السجن الخاص خمس سنوات، لمن كان مكلفاً برعاية شخص لا يستطيع حماية نفسه، كصغير ومريض، وعرضه لخطر الموت أو لخطر جسيم يهدده فى صحته، أو تركه وهو فى حالة خطرة تهدده بالموت، أو خطر جسيم يهدده فى صحته ، وإذا نشأ عن ذلك موت المجنى عليه ، وكان فى إمكان الجانى أن يتوقعه، كانت العقوبة السجن الخاص .

هذا النص صريح فى إقرار سببية الامتناع، خاصة الجرائم ذات النتيجة، فى الفقرة الأخيرة التى أقرت السجن الخاص، وهو اشد العقوبات المقيدة للحرية، وأقصى مدته عشرون سنة[2] .

---

(1) د. رفعت الشاذلى: المرجع السابق، ص ٤١٩ هامش رقم ١، د. إبراهيم شعبان: المرجع السابق، ص ٤١٩، وهامش رقم١.
(2) د. رفعت الشاذلى: المرجع السابق، ص ٤١٩ ، هامش ٢ ص ٤٢٠.

ثالثاً: مشروع تطبيق العقوبات الموحد الأمريكي :

المادة الثانية فقرة (١) نص على ما يأتى :

١- لابد أن الشخص لا يسأل عن جريمة، إلا أن كانت مسئوليته مؤسسة على سلوك يتضمن فعلاً إرادياً أو امتناعاً يؤدى إلى تصرف يكون قادراً جسمانياً على إيقافه.

٢- ولا تعد الحالات التالية أفعالاً إرادية طبقاً للمعنى المراد من هذا النص :

أ- الرجعة أو النهضة .

ب- حركة الجسم خلال النوم أو فى حالة الغيبة .

جـ- السلوك خلال الخضوع للتنويم أو من الإيحاء خلال التنويم .

د- حركة الجسم التى لا تعد نتاجاً لتصميم أو جهد الجانى، سواء فى حالة الإدراك أو فى حالة الإنسان الطبيعية .

٣- لا تؤسس المسئولية لارتكاب جريمة على الترك إلا :

أ- إذا نص القانون الذى يحدد الجريمة صراحة على الامتناع.

ب- أو إذا فرض القانون واجباً من الضرورى القيام به .

ويلاحظ أنه إذا كان هذا النص قد سوى فى البداية بين الفعل والامتناع، فجعل كلا منهما صالحاً لأن يؤدى إلى تصرف، إلا أنه عاد فقيد الامتناع بضرورة النص عليه فى القانون صراحة، أو إذا فرض القانون واجباً من الضرورى القيام به . وهذا يعنى أن صلاحية الامتناع لأن يؤدى إلى نتيجة معينة رهن بنص تشريعى ، فلكى يُسأل الممتنع عن نتيجة ترتبت على امتناعه يلزم أن يكون القانون نص على هذه الجريمة صراحة، أو وقعت بالمخالفة لواجب فرضه القانون، ولم يفرضه غيره. وعلى ذلك فلا يعد الامتناع نشاطاً إجرامياً إذا كان مخالفاً لواجب أخلاقى .

وفى هذا الصدد يقرر أحد الشراح[1] –فى تعليقه على المبادئ الأساسية التى يقوم عليها القانون الجنائى الانجلو أمريكى – أن القانون الجنائى بصفة عامة لا يجرم فى الأصل الوقف السلبى، وإنما يجرم الترك استثناء إذا كان هناك نص صريح يعاقب عليه، أو كان مخالفاً لواجب قانونى أو التزام تعاقدى، وتسبب فى نتيجة يعاقب عليها القانون .

قانون العقوبات السودانى :

لقد كان قانون العقوبات السودانى الصادر سنة ١٩٢٥ ضمن سلسلة القوانين التى اعترفت بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية ، مقتفيا بذلك أثر القانون الهندى ، وكان أصرح القوانين فى ذلك، إذ وضع مبدأ عاماً أقر فيه المساواة التامة بين الفعل الإيجابى والامتناع. فنص فى المادة ٢٥ منه على أن : "الألفاظ التى تشير فى أى جزء من هذا القانون إلى فعل أى شيء تنسحب أيضاً على الامتناع المخالف للقانون، إلا إذا ظهر من النص خلاف ذلك .

وهذه المادة تقابل المادة ٣٢ من قانون العقوبات الهندى الصادر فى ٦ أكتوبر سنة ١٨٦٠. والجدير بالذكر أن المادة ٢٦ ع سودانى المقابلة للمادة (٣٣ ع هندى) تنص على أن كلمة فعل يراد بها الفعل الواجب، كما يراد بها سلسلة الأفعال، وكلمة الترك (الامتناع) يراد بها الامتناع الواحد أو سلسلة الامتناعات.

وقد شرح المشرعان السودانى والهندى رأيهما فى سببية الامتناع فى مثالين تشريعيين أوردهما توضيحاً للمادة (٨٠ع سودانى) المقابلة للمادة (٣٧ ع هندى)، فورد فى المثال (ب) أن : " عمرو وبكر من حراس السجن، ومكلفان بهذه الصفة بحراسة المسجون زيد بالتناوب كل منهما لمدة ست ساعات ، ويقصد عمرو وبكر تسبيب الموت لزيد، وتعاونا عن علم منهما على إحداث تلك النتيجة بامتناع مخالف للقانون ، وذلك بأن يمتنع كل منهما فى نوبة حراسته عن تزويد المسجون

---

(1) د. محمود نجيب حسنى: الاعتداء على الحياة فى التشريعات الجنائية العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، سنة ١٩٧٩ ، ص ٣١.

زيد بالطعام المعطى لهما لهذا الغرض، فيموت زيد جوعا. ففى هذه الحالة يرتكب كل من عمر وبكر جريمة قتل زيد عمداً".

أما المثال الثانى (جـ) فقد ورد به أن : عمرو سجان مكلف بحراسة المسجون زيد، ويقصد عمرو تسبيب الموت لزيد فيمتنع – مخالفاً للقانون – عن تقديم الطعام، ويترتب على ذلك إصابة زيد بضعف شديد فى قوامه. ولكن الجوع لم يكن كافياً لتسبيب موته، ثم يُعزل عمرو من وظيفته ويخلفه فيها بكر. فامتنع أيضاً بكر - عن تواطؤ أو معاونة مع عمرو - عن إعطاء زيد الطعام امتناعا غير قانونى، وهو يعلم أن هذا الامتناع يحتمل أن يسبب موت زيد ، ويموت زيد من الجوع ، ففى هذه الحالة يعتبر مرتكباً جريمة القتل العمد . أما عمرو فبما أنه لم يتعاون مع بكر، فهو مرتكب فقط جريمة الشروع فى القتل العمد .

قانون العقوبات اللبنانى :

عنى المشرع اللبنانى بمعالجة علاقة السببية بنص صريح، ومن خلال هذا النص نلمس التسوية بين الفعل والامتناع من حيث الصلاحية السببية. فنص فى المادة ٢٠٤ من قانون العقوبات اللبنانى على أن : " الصلة السببية بين الفعل وعدم الفعل من جهة، وبين النتيجة الجرمية من جهة ثانية، لا ينفيها اجتماع أسباب أخرى سابقة أو مقارنة أو لاحقة، سواء جهلها الفاعل أو كانت مستقلة من فعله". وقد أحال المشرع فى تحديد علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية إلى ذات المعيار الذى تحدد على أساسه هذه العلاقة بين الفعل الإيجابى والنتيجة .

قانون العقوبات السورى :

يسوى المشرع السورى بين الفعل الإيجابى والامتناع من حيث الصلاحية السببية لكل منهما، فأورد نفس صياغة القانون اللبنانى ، فنص فى المادة ٢٠٣/أ على أن : " الصلة السببية بين الفعل أو عدم الفعل من جهة، وبين النتيجة الإجرامية من جهة ثانية، ينفيهما اجتماع أسباب أخرى سابقة أو مقارنة أو لاحقة، سواء جهلها الفاعل أو كانت مستقلة من فعله".

ويتضح من هذا النص أن الفعل أو عدم الفعل (الامتناع) يستويان فى إنتاج نتيجة الجريمة. فكل من الفعل أو الامتناع له نفس الصلاحية التى للآخر من حيث تسبب نتيجة إجرامية، كما أن المعيار الذى تحدد به علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية هو ذات المعيار فى الفعل الإيجابى .

قانون العقوبات الليبى :

وضع المشرع الليبى معياراً يحدد علاقة السببية، سواء سببية الفعل الإيجابى أو سببية الامتناع. واقتبس ذلك من صياغة النص اللبنانى مع تعديل يسير فى صياغته . وقد جاء ذلك فى نص المادتين ٥٧ ، ٥٨ من قانون العقوبات الليبى .

فنص المادة (٥٧ ع ليبى) على أنه : " لا يعاقب أحد على فعل يعتبر جريمة قانوناً، إلا إذا كان الضرر أو الخطر الذى يترتب عليه وجود الجريمة لم ينشأ عن عمله أو تفسيره".

وتطبق على الممتنع أحكام الفاعل إذا لم يحل دون وقوع حادث يفرض القانون الحيلولة دون وقوعه".

وتنص المادة (٥٨ ع ليبى) على ما يأتى : " لا ينفى صلة السببية بين الفعل أو الامتناع من جهة، وبين الحادث من جهة أخرى، وجود أسباب أخرى سابقة عليه أو مصاحبة له أو لاحقة به ، وإن كانت الأسباب هذه مستقلة عن فعل الفاعل أو امتناعه".

وتنتفى صلة السببية بين الحادث وبين الوقائع اللاحقة، إذا كانت هذه وحدها كافية لوقوعه.

وفى هذه الحالة إذا كان كون الفعل أو الامتناع السابق جريمة فى ذاته، تطبق عليه العقوبة المقررة له.

ويستبدل بعقوبة الإعدام أو السجن المؤبد عقوبة السجن لمدة لا تقل عن عشر سنوات، وتخفف العقوبات الأخرى بمقدار لا يزيد على الثلث، إذا كان الجانى لا يعلم بالأسباب السابقة أو المصاحبة للفعل، أو كانت الأسباب اللاحقة مستقلة عن فعله أو امتناعه، على أن يكون لسائر هذه الأسباب أهمية كبرى لوقوع الحادث .

وتطبق الأحكام السابقة، وإن كان السبب السابق أو المصاحب أو اللاحق للفعل فعلا غير مشروع قام به شخص آخر". وهاتان المادتان مقتبستان أيضاً من المادتين ٤٠ ، ٤١ من قانون العقوبات الإيطالى.

وهذه النصوص اعتراف صريح من المشرع الليبى بصلاحية الامتناع لان يكون سبباً لنتيجة إجرامية ، وعلى ذلك فمشكلة جرائم القتل بالامتناع العمدية لا تثير خلافاً، ويعاقب عليها متى وجد على عاتق الممتنع التزام قانونى . وبالمثل أية جريمة ذات نتيجة يتكون ركنها المادى من الامتناع.

قانون الجزاء الكويتى :

اعترف قانون الجزاء الكويتى بصلاحية الامتناع لأن يكون سبباً لنتيجة إجرامية، فليس هذا الاعتراف من نص المادة ١٦٦ من هذا القانون، حيث تنص على أن : " كل شخص يلزمه القانون برعاية شخص آخر عاجز عن أن يحصل لنفسه على ضرورات الحياة، وبسبب سنه أو مرضه أو اختلاف عقله أو تقييد حريته ، سواء نشأ الالتزام عن نص القانون مباشرة أو عن عقد أو عن فعل –مشروع أو غير مشروع- فامتنع عمداً عن القيام بالتزامه، وأفضى ذلك إلى وفاة المجنى عليه أو إصابته بأذى، يعاقب حسب قصد الجانى وجسامة الإصابات بالعقوبات المنصوص عليها فى المواد ١٤٩، ١٥٠، ١٥٢، ١٦٠، ١٦٢، ١٦٣. وإذا كان الامتناع عن إهمال لا عن قصد وقعت العقوبات المنصوص عليها فى المادتين ١٥٤ أو ١٦٤.

كما نصت المادة ١٦٧ من قانون الجزاء الكويتى على أن : "كل رب أسرة يتولى رعاية صغير لم يبلغ أربعة عشر سنة كاملة، وامتنع عن القيام بالتزامه بتزويد الصغير بضرورات المعيشة، فأفضى ذلك إلى وفاة الطفل أو إلى إصابته بأذى، يعاقب بالعقوبات المذكورة فى المادة السابقة حسب ما إذا كان الامتناع عمدياً أو غير عمدى. وحسب قصد الجانى ، وجسامة الإصابات، حتى لو كان الصغير غير عاجز عن تزويد نفسه بضرورات الحياة".

ويتضح من نص المادة (١٦٦) سالفة الذكر أن العقاب على جريمة الامتناع ذى النتيجة لا يتم إلا فى الحالات التى نصت عليها المادة وبالشروط والأوضاع التى أوردتها.

قانون العقوبات العراقى :

اعترف قانون العقوبات العراقى بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية، فالمادة ١٩ منه تنص على أن : " الفعل كل تصرف جرمه القانون سواء كان إيجابياً أو سلبياً كالترك أو الامتناع، ما لم يرد نص على خلاف ذلك " . وهذا النص مقتبس من النص السودانى السابق. وقد أعاد المشرع العراقى تأييد رأيه فى صراحة وفى صياغة أكثر وضوحاً وحسماً. فنصت المادة ٢٤ من قانون العقوبات العراقى على أنه : " تعد الجريمة عمدية إذا فرض القانون أو الاتفاق واجباً على شخص، وامتنع عن أدائه قاصداً إحداث الجريمة التى نشأت مباشرة عن هذا الامتناع".

وقد سوى مشروع قانون العقوبات العراقى لسنة ١٩٥٣ بين الامتناع والفعل الإيجابى من حيث صلاحية كل منهما لأن يكون سبباً لنتيجة إجرامية، جاء ذلك بخصوص جريمة قتل الطفل المولود حديثاً، فنص على أنه " من قتلت وليدها حديث الولادة قصداً بفعل أو ترك تعاقب بالأشغال الشاقة أو الحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات".

وقد كان قانون العقوبات البغدادى يعترف صراحة بصلاحية الامتناع لأن يكون سبباً لنتيجة إجرامية ، ولكن لم يكن ذلك كقاعدة عامة فى كل الجرائم . وإنما فى بعضها فقط، ومن ذلك "جريمة القتل تسبباً" المنصوص عليها فى المادة (٢١٨ من قانون العقوبات البغدادى): " كل من تسبب بغير قصد فى قتل شخص ما بارتكاب فعل أو بالامتناع عن فعل يكون كلاهما جريمة يعاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر، أو بعقوبة أشد، أو بفعل صدر منه أثناء ارتكاب مثل تلك الجريمة يعاقب بالأشغال الشاقة، أو الحبس مدة لا تزيد على عشرين سنة". فالركن المادى فى هذه الجريمة هو ارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل . وفى ذلك تسوية صريحة بين الفعل والامتناع من حيث الصلاحية السببية لكل منهما. وعلى ذلك : إذا امتنع شخص عن عزل مريض مصاب بالكوليرا (جريمة معاقب عليها بالمادة ١٩٤ ع بغدادى بالحبس مدة لا تزيد على ستة

أشهر ...) ونتج عن هذا الامتناع المجرم إصابة أحد الأفراد ووفاته ، فإن الممتنع يقع تحت طائلة العقاب طبقا لنص المادة ٢١٨ ع سالفة البيان.

وبالمثل نص المادة (٢١٩ ع بغدادي) التي تقضي بأنه : " كل من قتل نفساً خطأ بسبب فعله المخالف للقانون، أو امتناعه عن فعل واجب عليه قانوناً، أو بسبب عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته النظام يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنين أو بالغرامة أو بهما".

مشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة :

تنص المادة ٢/٢٣ من هذا المشروع على انه : " إذا ارتكبت الجريمة العمدية بطريق الامتناع ممن أوجب عليه القانون أو الاتفاق أداء ما امتنع عنه، عوقب عليها كأنها وقعت بفعله".

وقد نقل هذا النص عن المادة ٢/٤٠ من قانون العقوبات الإيطالي سالف الذكر .

وهذا النص يسوى بين الجريمة بالفعل الإيجابي والجريمة بالامتناع. ويعطي لكل من الفعل والامتناع الصلاحية السببية لإحداث نتيجة إجرامية .

والواقع أن مثل هذه النصوص التشريعية قد أغلقت الباب على منكرى سببية الامتناع، وعلى المتشككين في صلاحية الامتناع لأن يكون سبباً لنتيجة إجرامية ، وجاءت في الوقت نفسه مؤيدة وموافقة للآراء التي اعترفت للامتناع بصلاحيته السببية، شأنه في ذلك شأن الفعل الإيجابي، ومثل هذه النصوص ترفع العبء أيضاً عن الفقه والقضاء في البحث في مدى صلاحية الامتناع لأن يكون سبباً لنتيجة يحظرها القانون[1].

الفرع السادس
صياغة نظرية سببية الامتناع
(تصويرنا الخاص لسببية الامتناع)

لابد من الاعتراف بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية .

فعلاقة السببية تمتاز بالعمومية فهي لا تغير من جريمة إلى أخرى - إيجابية كانت أم سلبية - كما لا تتغير من نظام قانوني إلى آخر، فهي واحدة في كل الأنظمة، كما هي عين المراد في النتيجة الإيجابية، وهي أيضاً عين المراد في جرائم الامتناع".

وإذا ما سلمنا بأن للامتناع –طبقاً للرأي الراجح- حقيقة قانونية، فإن ذلك لا يغير من الطبيعة المادية لعلاقة السببية التي تربط بين الامتناع وبين النتيجة الإجرامية .

ويعني ذلك أن المشكلة التي وقعت حول سببية الامتناع مرجعها إلى عدم فهم طبيعة الامتناع.

طبيعة الامتناع :

ليس صحيحاً أن الامتناع عدم وفراغ، فالسلوك السلبي له وجود وكيان، فالامتناع مكون من ثلاثة عناصر: الإحجام عن فعل إيجابي، وواجب قانوني ملزم، والصفة الإرادية للممتنع، كما سبق بيان ذلك .

وغني عن البيان أن الإرادة قوة نفسية فعالة، أي ظاهرة ذات كيان إيجابي، فذلك يؤدي بالتبعية إلى وصف الامتناع بأنه ظاهرة إيجابية[2] إذ لا يقبل المنطق أن تضم ظاهرة سلبية بين عناصرها ظاهرة إيجابية، كما أن السلوك الإنساني يتميز

---

(1) د. إبراهيم عطا شعبان ، الرسالة السابقة ، ص ٤٢٩ .
(2) د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص ٨١.

فى كل صوره بأنه مدرك وواع، ويكتسب هذه الصفة بفضل سيطرة الإنسان على الظروف المادية ومجريات الأمور فى سلوكه باعتباره وسيلة إلى إدراك غاية. ومن ثم ينبغى القول بأن الامتناع ذو كيان مادى.

وإذا ما حددنا النتيجة الإجرامية فى مدلولها القانونى باعتبارها اعتداء على المصلحة أو الحق الذى يحميه القانون، لاتضحت علاقة السببية بين النتيجة والامتناع، لأن المشرع ينتظر من الممتنع فعلاً إيجابياً معيناً ويفترضه عليه. فإذا خالف سلوك الممتنع ما افترضه المشرع، فوقع العدوان على الحق أو المصلحة بسبب ذلك الامتناع، فمما لا شك فيه أن الامتناع حينئذ يكون سبب فى حدوث النتيجة. ويستلزم ذلك بالتبعية مساءلة الممتنع عن هذه النتيجة - مسئولية عمدية أو غير عمدية - تبعاً لما كان متوافراً لديه من القصد أو الخطأ .

والواجب القانونى المفترض فى جرائم الامتناع ذو شقين: الأول واجب بإتيان الفعل الذى أحجم الممتنع عنه، وقد يكون مصدره نص عقابى أو غير عقابى، أو المبادئ العامة فى القانون، أو الفعل الضار، أو العقد. وهذا الواجب هو عنصر فى الامتناع ذاته. وبعبارة أخرى الواجب القانونى هو شرط لكى يدخل الامتناع فى نطاق عبارة النص، الذى يجرم السلوك الذى من شأنه إحداث النتيجة .

بينما الشق الثانى هو واجب الحيلولة دون حدوث النتيجة، فهو عنصر فى عدم المشروعية، أى الركن الشرعى للجريمة، ذلك أن الامتناع لا يوصف بالنسبة للنتيجة بأنه غير مشروع إلا إذا انطوى على إخلال بهذا الواجب القانونى الذى يحدد نطاق عدم المشروعية الذى يقرره النص . وغنى عن البيان أن عدم مشروعية الامتناع يخضع لذات الضوابط التى يخضع لها تحديد عدم مشروعية الفعل الإيجابى .

وهذا الرأى هو السائد فى الفقه والقضاء فى بلاد عديدة، منها ألمانيا وإيطاليا، ويتفق أيضاً مع الرأى السائد فى مصر بالنسبة للجرائم غير العمدية .

كما ينبغى عدم إدماج علاقة السببية فى أى عنصر من عناصر الامتناع، لأنها ذات كيان مستقل ومتميز عن عناصر الامتناع.

فمثلاً يمكن توافر علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة بالرغم من تخلف الواجب القانونى، فى حالة ما إذا كان الامتناع متناقضاً لواجب دينى أو أخلاقى، وهذا يؤكد أن علاقة السببية موجود مادى لا موجود قانونى . ويؤكد من ناحية أخرى أن الامتناع لا تكون له قيمة قانونية إلا إذا كان مناقضاً لواجب قانونى، وأيضاً لا ينبغى الخلط بين الصفة الإرادية للامتناع وعلاقة السببية، لأن الصفة الإرادية قوامها شخصى بحت، بينما السببية قوامها مادى بحت .

الوضع الصحيح لعلاقة السببية من عناصر الامتناع :

علاقة السببية هى ربط مادى بين الامتناع المتمثل فى الإحجام عن إتيان الفعل الإيجابى الملزم بالواجب القانونى عليه ، وبين النتيجة المترتبة على هذا الإحجام.

بمعنى آخر الامتناع هو عدم إتيان هذا الفعل اى أنه (لولا الامتناع ما كانت النتيجة) . ويتعين تحديد الواجب القانونى بين أركان جريمة الامتناع ذات النتيجة بأنه ذو واجبين :

الأول : واجب إتيان الفعل الذى أحجم الممتنع عنه .

الثانى : واجب الحيلولة دون حدوث النتيجة .

مشكلة إثبات القصد الجنائى :

يبدو أن صعوبات إثبات القصد الجنائى فى حق الممتنع المتعمد هى التى أدت إلى عدم الاعتراف بعلاقة السببية فى جرائم الامتناع العمدية .

والقصد الجنائى ليس موجهاً نحو غرض أو هدف معين أو محدد، بمعنى أنه لا يشترط مثلاً أن يقصد الفاعل تحقيق وفاة المجنى عليه أو الإضرار به أو غير ذلك ، ولكنه يكفى لتحقق القصد الجنائى فى هذه الجرائم أن يعلم الفاعل بالخطر الذى يتعرض له الشخص المطلوب مساعدته وبضرورة التدخل الفورى لإنقاذه ، وأن تتوافر لديه إرادة الامتناع عن التدخل

لمساعدته، سواء بفعله الشخصى أو بطلب المساعدة له من الغير[1].

وبناء على ذلك، فمن يشاهد شخصاً يغرق مثلاً، ويتضح له أن هذا الشخص عدوه، ويستطيع إنقاذه، ويمتنع عن ذلك قاصداً قتله، فإنه يعاقب على جريمة ارتكاب بالامتناع طالما توافرت شروطها .

وواضح من هذا الرأى أنه فرق بين وقوع جريمة ارتكاب بالامتناع المجرد، وبين النتائج المترتبة على الامتناع ، فهو يعاقب بحد أدنى على الامتناع المجرد، وإذا ما ثبت قصده تحقق النتيجة الإجرامية، فإنه يعاقب على جريمة امتناع عمدى .

ولإثبات سببية الامتناع يجب أن يُنظر إلى قيام الجانى بمباشرة سلوكه الإيجابى المفروض عليه من عدمه . فإذا باشره وفقاً للمجرى العادى للأمور ، فإن رابطة السببية ستنتفى، باعتبار أن الامتناع لم يكن ظرفاً ملائماً للنتيجة .

وإذا امتنع الجانى عن مباشرة السلوك الإيجابى المفروض عليه، فهنا ينظر إلى طبيعة السلوك، وهل يرتب نتيجة من عدمه ؟ فإذا رتب نتيجة فإنه يسأل عن جريمة ذات نتيجة، وإذا لم يرتب نتيجة فإنه يسأل عن جريمة امتناع مجرد[2] .

__الخلاصة :__

ثبوت علاقة السببية بين الامتناع –السلوك السلبى- سواء حقق نتائج إجرامية أم لا، كما بينت علاقة سببية الفعل الإيجابى فى إحداث نتائج موافقة للنموذج القانونى طبقاً للنص الجنائى .

الفرع السابع
أثر توسط الامتناع بين الفعل الإيجابى وبين النتيجة الإجرامية

السؤال الذى يطرح نفسه بعد بيان رأينا فى ثبوت علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية ، ماذا لو توسط الامتناع العمدى لدى ملتزم بالتدخل، بين فعل الجانى والنتيجة الإجرامية؟ هل ذلك يقطع علاقة السببية أم لا ؟

وقبل أن نوضح الإجابة ينبغى بيان أن الامتناع والفعل الإيجابى من شخصين وليس شخصاً واحداً، فإذا كان الامتناع والفعل الإيجابى من شخص واحد كان الامتناع حلقة من حلقات تسبيب النتيجة، مثله مثل الفعل الإيجابى، ولا يثور بشأنه ثمة صعوبات، كما فى حالة الشخص الذى يقوم بخطف آخر ويحبسه فى مكان ما ويمتنع عن إمداده بالطعام والشراب قاصداً قتله، فإن الامتناع هنا حلقة من حلقات تسبيب النتيجة، مثل الفعل الإيجابى المسبوق على الامتناع وهو الخطف . ولكن الصعوبة تكمن هنا من فعل إيجابى من شخص وسلبى من شخص آخر .

ورأينا تقييم كل فعل على حدة وتحديد علاقته المباشرة بالنتيجة الإجرامية وذلك بإخضاعه لمعيار المجرى العادى للأمور، وهى نظرية السببية الملائمة التى يعتنقها الفقه والقضاء المصرى، أى ضابط إمكان التوقع بحسب السير العادى للأمور. فمتى ثبت أن النتيجة المشددة للعقوبة ما كانت لتحدث لولا هذا الامتناع، لوجب الاعتداد بتلك العلاقة، وانقطاع علاقة السببية بين الفعل الإيجابى وبين النتيجة النهائية ، فينبغى للسلوك السلبى المتعمد أن يخضع للضابط العام فى بقاء السببية من عدمه، وهو ضابط إمكان التوقع بحسب السير العادى للأمور طبقاً للمعيار الموضوعى[3] .

فمثلاً أصاب أحد الجناة شخصاً بجراح عمدية ولكن بعد نية قتله، ثم سلمه لأعدائه لتضميد جراحه وإسعافه، وهو يعلم إنهم لن يضمدوا جراحه أو يعالجوه بحسب المتوقع منهم –وهو معيار المجرى العادى للأمور- فمات المجنى عليه من جراء ذلك الامتناع .

---

(1) د. محمد كامل رمضان: الامتناع عن المساعدة فى القانون الجنائى المصرى والمقارن (رسالة دكتوراه)، جامعة أسيوط، عام ١٩٨٨ ص ١٤ وهامش رقم ١ .

(2) د. رؤوف عبيد: السببية الجنائية بين الفقه والقضاء ، دراسة تحليلية مقارنة ، مطبعة الاستقلال الكبرى عام ١٩٨٤ ، ص ٣٢٨ .

(3) د. رؤوف عبيد: المرجع السابق، مطبعة الاستقلال الكبرى عام ١٩٨٤، ص ٣٣٥ .

وبتحليل الواقعة ينبغى سؤال الجانى الأول الذى أتى بفعل إيجابى - وهو الضرب - عن جريمة ضرب أفضى إلى موت، وإذا توافرت لديه نية إزهاق الروح اعتبرت الواقعة قتلاً عمداً، لوجود علاقة السببية بين فعله وبين النتيجة وهى الوفاة .

وبالنسبة للشخص الثانى الذى تسلم المجنى عليه فامتنع -عمداً- عن علاجه وإسعافه بتضميد جراحه مع وجود التزام قانونى بالتدخل كما لو كان طبيباً مثلاً، فالواقعة بالنسبة له قتل عمد.

مثال آخر :

لو أصاب أحد الجناه شخصاً بجراح عمدية معينة، وسلمه إلى شخص لا يعلم أنه يضمر له شراً، أو أنه عدو له ، إلا أن هذا الأخير - على غير المتوقع - امتنع عن إسعافه وعلاجه، فامتنع عن التدخل مع كونه ملزماً بالتدخل. كان الجانى الأول مسئولاً عن جريمة ضرب والثانى مسئولاً عن جريمة قتل عمد .

فالمعيار واضح ومتفق عليه، وهو كلما كان الامتناع عن التدخل من الممكن توقعه، ظلت علاقة السببية قائمة بين نشاط الجانى وبين النتيجة النهائية، وبشرط أن يكون على الممتنع التزام بالتدخل، وتوافرت شروط الامتناع بعناصره .

المطلب الثانى
علاقة السببية فى الشريعة

تمهيد :

جرائم الامتناع المجرد فى الشريعة الإسلامية تتم بدون انتظار النتيجة المحظورة شرعاً، فمثلاً جريمة الامتناع عن دفع الزكاة فإنها تتم بصرف النظر عن إتمام النتيجة المحظورة شرعاً، وهى إنقاص بيت المال من أموال الزكاة. وكذلك حال الامتناع عن يد المساعدة والعون لمن يحتاج إليه فيستحق الممتنع الإثم ، حتى لو تم إنقاذ المستغيث من آخر وهذا نفس الحال بالنسبة لجرائم الامتناع المجرد فى القوانين الوضعية .

وإنما تثور علاقة السببية والبحث عنها فى مجال جرائم الامتناع ذات النتيجة، أو ما يسمى بجرائم الارتكاب بطريق الامتناع، وأيضاً نفس الحال بالنسبة للقوانين الوضعية ، وينحصر دور علاقة السببية فى كيفية إثبات العلاقة بين الامتناع أو الترك وبين ما تحقق من نتائج هى محظورات شرعاً .

ومشكلة هذا البحث أن جمهور الفقهاء تناولها فقط فى مجال جريمة القتل التى تتم بالترك أو بالامتناع . ولطالما اتفقنا على أن الترك كالفعل يُحدث أثره، فإن الجريمة السلبية تنشأ عن ترك واجب[1] ، فمن يترك تائهاً فى الصحراء وهو عطشان ويمتنع عن سُقياه وهو يعلم أن ذلك المنع أو ترك الواجب المفروض عليه بحكم الآية الكريمة ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ﴾ فالامتناع عن سقى العطشان وهو يعلم بحاله دفع إلى الهلاك، بل أجاز بعض الفقهاء القتل بسبب ذلك لأنه من الأثم والعدوان على حق الحياة.

أو بحكم الحديث الذى رواه أبو سعيد الخدرى" من كان عنده فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان عنده فضل زاد فليعد به على من لا زاد له" . ويقول راوى الحديث: ثم أخذ النبى ﷺ يعدد أصناف المال حتى ظننا أن ليس لنا حق فى فضل أموالنا وكان ذلك فى سفر[2].

والفقهاء اتفقوا فيما بينهم على أن ذلك يعد جريمة قتل بالترك بالامتناع، إلا أن هناك خلاف مع جمهور الفقهاء يتزعمه الحنفية الذين رفضوا الامتناع أو الترك، لاشتراطهم السببية المباشرة الموجبة للقصاص، وأنهم لم يسووا بين القتل بفعل إيجابى أو القتل بفعل سلبى متمثل فى منع الطعام والشراب فى إنزال العقاب.

وسوف نوضح ذلك عند التعرض لمذهبهم بينما جمهور الفقهاء لا يشترطون السببية المباشرة والاعتداد بالنتيجة

---

(1) الإمام أبو زهرة: المرجع السابق ، ص ٤٦٤ .
(2) رياض الصالحين للإمام النووى ، طبعة عيسى الحلبى ، ص ٢٥٧ .

المحظورة شرعا، سواء تمت بفعل إيجابى أو سلبى .

ولهذا فقد رأينا استعراض رأى الجمهور أولاً، وتوضيح موجز عن كل مذهب، ثم التعرض لمذهب الحنفية، وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول : السببية عند الجمهور .

أولاً: مذهب المالكية .

ثانياً: مذهب الشافعية .

ثالثاً: مذهب الحنابلة .

رابعاً: مذهب الزيدية .

خامساً: مذهب الإمامية .

سادساً: مذهب الإباضية .

سابعاً : مذهب الظاهرية .

الفرع الثانى : السببية عند الأحناف .

أولاً: مفهوم السببية عند الأحناف .

ثانياً: تقدير مذهب الحنفية .

ثالثاً: صلاحية الامتناع لإحداث محظورات شرعية .

الفرع الثالث : مقارنة السببية بين الشريعة والقانون .

الفرع الرابع : الفقه الألمانى يقترب من المذهب المالكى والظاهرى .

الفرع الرابع : أثر توسط الامتناع بين الفعل الإيجابى والنتيجة الإجرامية.

الفرع الأول
علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة المحظورة شرعاً
عند الجمهور من الفقهاء

تمهيد :

اتفق غالبية الفقهاء من جمهور المالكية والظاهرية والحنابلة والشافعية والزيدية والإمامية والإباضية على المساواة بين الفعل والترك فى إحداث نتيجة محظورة شرعا يعاقب عليها بحد أو تعزير ، وإن اختلفوا فيما بينهم فى حكم الامتناع ، فمنهم من يرى أن الامتناع يكون من جرائم القصاص والدية، ومنهم يعتبره من الجرائم التعزيرية، وإن أجمعوا فيما بينهم على أن الامتناع عن إغاثة الملهوف أو إنقاذ المضطر من خطر الهلاك جريمة، ولكن محل الخلاف حول نوع هذه الجريمة [1] وسوف نوضح ذلك فيما يلى .

أولاً:المذهب المالكى

يعتبر المذهب المالكى فى مقدمة المذاهب التى أقرت بسببية الامتناع ، فالنصوص المنقولة فى المذهب تدل على ذلك ، فهو قد اقتص ممن يمنع الطعام والشراب عن المحتاج ولو قصد التعذيب[2]، وكذلك من يمنع فضل ماء عن مسافر عالماً بحاله وأنه لا يحل له منعه، وإن مات اعتبر قاتلاً عمداً وإن لم يقتله بيده .

---

(1) د. يوسف قاسم: نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الإسلامى والجنائى الوضعى ، دار النهضة العربية ، ص١٩٨١ ، ص ٣٧٦.

(2) حاشية الدسوقى للشيخ محمد عرفة الدسوقى ٣ الشرح الكبير للدردير حـ٤ ص ٤١٥ ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للخطاب جـ٦ ص ٢٤٠.

ونفس الحال فى حالة الام التى تمتنع عن إرضاع وليدها قاصدة قتله والتخلص منه ، وإن لم تقصد قتله فالدية على عاقلتها[1] .

كما جاء فى المدونة الكبرى قال سحنون بن سعيد: قلت لابن القاسم أرايت لو أن قوماً مسافرين وردوا ماء، فمنعهم أهل الماء من الشرب فهل يُجاهدونهم فى قول مالك أم لا؟ قال ينظر فى ذلك إن كان ماؤهم يحل لهم بيعه مثل البئر يحفرها الرجل فى داره أو فى أرضه قد وضعها لذلك يبيع ماءها، كان لهم أن يمنعوهم إلا بثمن فعله.

إلا أن يكونوا قوماً لا ثمن لهم[2] . وإن منعوا إلى أن يبلغوا ماء غيره فخيف عليهم فلا يمنعوا ، وإن مُنعوا جاهدوا. إن لم يكن هناك ضرر يخاف عليهم فليأخذوا الماء بالثمن . قال : وكل بئر كانت من آبار الصدقة مثل بئر المواشى فلا يمنعون من ذلك بعد رى أهلها ، فإن منعهم أهل الماء بقدرتهم فقاتلوهم لم يكن عليهم فى ذلك حرج، لأن رسول الله ﷺ قال " لا يمنع فضل الماء" . قال ابن القاسم ، ولو منعوهم الماء حتى مات المسافرون عطشاً ولم يكن بالمسافرين قوة على مدافعتهم رأيت العاقلة على أهل الماء كدية ، والكفارة على كل نفس منهم "القوم المسافرين" على كل رجل من أهل الماء، وكذلك التعزير الواجب فى هذا الشأن[3] .عملاً بالحديث الذى رواه الإمامان البخارى ومسلم عن أبى هريره رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ثلاثة لا يكلمهم الله عز وجل يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب اليم : رجل على فضل ماء بالغلاة يمنعه ابن السبيل ورجل بايع رجلا سلعة بعد العصر فحلف بالله لأخذها بكذا وكذا فصدقه وهو على غير ذلك ورجل بايع إماما لا يبايعه إلا لدنيا فإن أعطاه منها وفى له وإن لم يعطه منها لم يف له[4]. وفى مسالة جواز حفر الإنسان بئراً فى الطريق.

قال المالكية[5] أنه لو حفر إنسان فى موضع جرت العادة على الحفر فى مثله ولم يُرد به الإضرار بالغير جاز لعدم تضرره بالحفر، أما إن أراد بالحفر إلا ضرار بالغير فذلك لا يجوز، لأنه احتفره لما لا يجوز وكان ضامناً .

فقد ذهب المالكية إلى أن الامتناع عن الإغاثة يكون فى ذاته جريمة كاملة، فإن أدى إلى الموت وجب القصاص إن ثبت القصد الجنائى . فإن انتفت نية العمد وجب على الممتنع عقوبة القتل الخطأ.

فمن رأى سبعاً يفترس إنساناً وفى إمكان من رآه أن يستنقذه فامتنع عن ذلك، فإن قصد بالامتناع قتله كان قاتلاً عمداً، وعليه ما على القاتل العمد من عقوبة. وإذا لم يقصد قتله فعليه عقوبة القتل الخطأ، وهكذا القول فى الظمآن والجائع والعريان[6].

ويستخلص من ذلك أن المذهب المالكى يوجب على الممتنع عن إغاثة المضطر أن يكون ضامن للنفس والمال، فإن كان قصده الامتناع عمداً فعليه ما على عقوبة العمد، وإن كان خطأ فعليه عقوبة الخطأ .

ثانياً: المذهب الشافعى

وعند الشافعية ورد فى تحفة المحتاج[7] وحبسه كأن أغلق باباً عليه ومنعه الطعام أو الشراب أو أحدهما ، أو عراه حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً ، فإن مضت مدة من ابتداء منعه أو إعرائه يموت مثله منها غالباً جوعاً أو عطشاً أو برداً، ويختلف باختلاف حال المحبوس والزمن قوة وحراً ، فهو عمد وإلا فهو شبه عمد .

وفى مختصر المزنى[8] قال الشافعى –رحمه الله تعالى- : إذا طين بغير طعام ولا شراب مدة الأغلب أنه يموت من

---

(1) حاشية البنانى مع شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ٨ ص٨ .
(2) المدونة الكبرى جـ ١٥ ، ص ١٩٠.
(3) الموطأ جـ٢ ص ٧٤٤ .
(4) فهرس بن ماجه ، كتاب التجارات ، حديث رقم ٢٢٠٧ .
(5) مواهب الجليل للخطاب ، المرجع السابق جـ٥ ، ص ٢٧٨ .
(6)د. يوسف قاسم: الضرورة فى الفقه الجنائى الإسلامى والجنائى الوضعى ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٨١ ، ص ٣٧٧.
(7) تحفة المحتاج لشرح المنهاج للإمام شهاب الدين أحمد بن حجر البهتيمى ط بولاق جـ٤ ص ٥ .
(8) مختصر المزنى المطبوع بهامش الأم للشافعى ط بولاق جـ٥ ص ص٩٧-١١٩.

مثله فمات فعليه القود ، وفي موضع آخر قال أن منعه الطعام والشراب حتى يموت يمنع الطعام والشراب حتى يموت ، فإن لم يمت قتل بالسيف .

وإذا حضر نساء ولادة فقطعت إحداهن الحبل السرى ولم تربطه بعد قطعه، متعمدةً الامتناع عن ربطه، فمات المولود بسبب ذلك فهى قاتلة له عمداً ، وتعتبر بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يردن أيضاً ربط الحبل السرى لأنه يلزمهن جميعاً ربطه[1] .

والشافعي يرى أنه من يمر على حائط بستان به تمر أو زرع وهو جائع مضطر فله أن يأكل ما يسد به جوعه ويرد قيمته، ولا يجوز لصاحب الحائط منعه، لأن ذلك إعانة على موته إذ خيف عليه الموت بالمنع[2] .

غير أن مسالة حبس الشخص فى مكان ومنع الطعام والشراب عنه حتى الموت، مختلف تماماً عن حالة من يستسقى قوماً فلا يسقونه حتى يموت عطشا، وهم يعلمون بعدم إمكانه الحصول على الماء إلا منهم . إذ أن الفاعل فى الحالة الأولى قام بعمل إيجابى أدى بطريق غير مباشر إلى تحقيق النتيجة الإجرامية وهى إزهاق الروح . وفى الحالة الثانية تسبب بطريق ما (الامتناع) فى موت من استسقاهم .

فالشافعية قرروا أن فى الحالة الأولى يعتبر قاتلاً يستوجب القصاص والدية، لأنه صدر منه وفعل مهلك . بينما فى الحالة الثانية فإنه آثم، حيث قصر فى القيام بواجب تحتمه عليه نصوص الشريعة، ولهذا فإنه يمكن للإمام أو للقاضى التعزير على ذلك [3].

الخلاصة :

وعلى هذا يمكن القول أنه إذا ترتب على الامتناع نتيجة ضارة فإنها تكون من جرائم التعزير. وبمعنى آخر المساواة بين الفعل والترك فى إحداث نتيجة إجرامية، ويستندوا إلى العرف كمعيار لإثبات العلاقة بين النتيجة والامتناع.

ثالثاً: المذهب الحنبلى

ورد فى المقنع عن المضطر إن لم يجد طعاماً لم يبذله مالكه، فإن كان صاحبه مضطراً إليه فهو أحق به وإلا لزمه بذله بقيمته ، فإن أبى فللمضطر أخذه قهراً ويعطيه قيمته، فإن منعه فله قتاله على ما يسد رمقه أو قدر شبعه، فإن قتل صاحب الطعام لم يجب ضمانه (لأنه ظالم بقتاله أشبه الصائل) وإن قتل المضطر فعليه ضمانه (لأنه قتله ظلما) [4].

وفى موضع آخر إذا حبسه ومنعه الطعام أو الشراب حتى مات جوعاً أو عطشاً فى مدة يموت فى مثلها فعليه القود ، لأن هذا يقتل غالباً، لكنه يختلف باختلاف الزمان والناس والأحوال ، فإذا عطشه فى شدة الحر فى الزمن القليل، وإن كان ريان والزمن معتدل أو بارد لم يمت إلا فى زمن طويل فيعتبر هذا فيه [5].

وفى كشاف القناع[6] من أخذ طعام إنسان أو شرابه فى برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام ولا شراب، أو أخذ دابته والمأخوذ منه عاجز عن دفع الأخذ (فهلك) المأخوذ طعامه أو شرابه أو دابته بذلك، أو هلكت بهيمته بأخذ طعامها أو شرابها، فعليه ضمان ما تلف به، أى بسبب أخذه لتسببه فى هلاكه. ومثلها فى الحكم لو أخذ منه قوساً يدفع به عن نفسه ضرباً ذكره فى الانتصار، وكذا كل ما يدفع به صائلاً عليه من سبع أو غيره لتسببه فى هلاكه بأخذه منه (وإن اضطر إنسان إلى طعام أو شراب لغير مضطر فطلبه منه فمنعه إياه فمات بذلك، ضمنه المطلوب منه).

---

(1) الفتاوى الكبرى لابن حجر جـ٤ ، ص ٢٢٠-٢٢١.
(2) مختصر المزنى المطبوع بنهاية كتاب الأم للشافعى طبعة دار المعرفة ، ص ٢٨٧.
(3) د. يوسف قاسم: نظرية الضرورة ، المرجع السابق ، ص ٣٨٩ .
(4) المقنع لابن قدامة ، المطبعة السلفية ، جـ٣ ص ٥٢٥.
(5) المقنع لابن قدامة ، المطبعة السلفية ، جـ٣ ص ٣٣٠.
(6) كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور ابن ادريسى الحنبلى مطبعة العامدة الشرقية جـ٤ ص ٨، المعنى لابن قدامة جـ٨، ص ٤٢٢.

لما روى أن رجلاً أتى أهل أبيان فاستسقاهم ، فلم يسقوه حتى مات، ألزمهم عمر بن الخطاب الدية ، حكاه أحمد فى رواية ابن منصور وقال أقوله به ، قال القاضى وأبو الخطاب فى رءوس مسائله، ولم يعرف له مخالف، ولأنه تسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه فضمنه (بديته فى ماله) كما لو منعه طعامه حتى هلك ولا تحمله العاقلة لأن مانع الطعام تعمد الفعل الذى يقتل مثله غالباً .

وقال القاضى هو على عاقلته، لأنه قتل لا يوجب القصاص فيكون شبه عمد ، وإن لم يطلبه المضطر - أى الطعام أو الشراب منه- لم يضمنه لأنه لم يمنعه ، فلم يتسبب فى هلاكه، وعلم أنه لو كان صاحب الطعام أو الشراب مضطراً وطلبه منه ومنعه فمات لم يضمنه، لأنه لا يجب عليه بذله إذن، وكذا إذا خاف أن يضطر .

وفى كتاب الفروع[1] أن من أمكنه إنجاء شخص من هلكه فلم يفعل فوجهان: أحدهما لا يضمنه وهو الصحيح ، اختاره الشيخ فى المغنى والمقنع وغيرهم[2] . والوجه الثانى: يضمنه وعلى الأكثر. وجزم به فى الخلاصة والمنور وقدمه فى الرعايتين والحاوى الصغير وهو ظاهر ما أختاره القاضى وأبو الخطاب وصاحب المذهب، لأنهم خرجوا ضمانة على من منعه من الطعام والشراب حتى مات . وقد نص أحمد والأصحاب فى هذه المسألة على الضمان ، ولكن الشيخ الموفق وغيره فرق بين من منعه الطعام والشراب وبين من أمكنه إنجاء آدمى من هلكة، لأن فى الثانية لم يكن هلاكه بسبب منه فلم يضمنه ، كما لو يعلم بحاله ، وأما فى مسألة الطعام فإن منعه منه كان سبباً فى هلاكه فاقترفها والله أعلم .

رابعاً: مذهب الزيدية

والزيدية يساوون بين الترك والفعل، فهم يقرون للامتناع بصلاحيته لإحداث نتائج محظورة شرعاً، ويظهر ذلك من عدم اشتراطهم آلة مخصوصة للقتل، بل يمكن فى نظرهم أن يقع القتل بأى وسيلة تؤدى إلى ذلك، كالتجويع أو التعطيش أو التعرية من الملابس فى البرد أو الحر، وكامتناع المرضعة عن إرضاع الطفل حتى يموت[3] .

وقد ورد فى التاج المذهب[4] يجب القود على فعل سبب القتل ولم يوجد من يتعلق به إلا لسبب، وهو المعرى لغيره مما يقيه الحر أو البرد من الثياب ونحوها الحابس له ، ولم يمكنه التخلص حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً أو حراً، فإنه يقاد به لأنه قاتل عمداً عدواناً، وإن لم يكن القتل بفعل.

وعن خبر زين بن على عن آبائه عن على عليه السلام أنه كان يضمن صاحب الكلب إذا عقر نهاراً، لأنه يمتنع عن واجب قيده نهاراً وحفظه، ولا يضمنه إذا عقر ليلاً، وإذا دخلت دار قوم بإذنهم فعقرك كلبهم فهو ضامنون، وإذا دخلت بغير إذنهم فلا ضمان عليهم[5].

والواضح من ذلك أن هذا الكلب إن كان للحراسة فإنه يضمن نهاراً لأنه يكون فى حرز صاحبه، ولا يضمن ليلاً لأنه يحرس الدواب والبيوت، وهذا فى رأينا يستقيم مع معيار العرف الذى اتخذته الشريعة الإسلامية كضابط لتحديد علاقة السببية، وهى السببية الملائمة لإحداث النتيجة، وهذا يتفق مع القوانين الوضعية والتى تأخذ بمعيار المجرى العادى للأمور.

خامساً: مذهب الإمامية

ورد فى الروضة البهية[6] ويكون عمداً لو حفر بئراً بعيدة القعر فى الطريق أو فى بيته بحيث يقتل وقوعها غالباً ،

---

(1) الفروع لشمس الدين المقدسى أبى عبد الله محمد بن مفلح جـ٦ ص ١٢ وتصحيحه لعلاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المقدسى مطبعة المنار جـ٣ ص ٤٢٥.

(2) المغنى لابن قدامه جـ٨ ص ٤٢٢ ، المغنى والشرح الكبير جـ٩ ص ٥٨ .

(3) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق ، ص ٤٦٤.

(4) التاج المذهب جـ٤ ص ٢٨٦ ، مشار إليه فى الجنايات فى الفقه الإسلامى د. حسن الشاذلى طبعة أولى سنة ٧١ ص ٧٠ هامش ١ .

(5) د. رفعت الشاذلى: المرجع السابق ص ٢٣٥.

(6) الروضة البهية جـ٢ ص ٢٩٧ ، ٢٩٩ ، الجنايات فى الفقه الإسلامى د. حسن الشاذلى ، المرجع السابق ص ٧٤.

أو قصده ودعا غيره إلى المرور عليها مع جهالته بها فوقع فمات، أما لو دخل بغير إذنه فوقع فيها فلا ضمان ، وإن وضعها لأجل وقوعه ، كما لو وضعها للص. ولو أغرى كلباً عقوراً فقتله ولا يمكنه التخلص منه ، فلو أمكنه فلا قود لأنه إيمان على نفسه بالتفريط .

وتأسيساً على ذلك أن الذى يحفر بئراً ويتردى فيها إنسان ويهلك يعد مسئولاً عن الهلاك ما لم ينبه المار بها ، فتتكون علاقة السببية بين الامتناع عن التنبيه للماره وعن النتيجة المحظورة شرعاً وهى الهلاك.

وقياساً على ذلك، وفيما ينتشر هذه الأيام من كهربة الحوائط بالأسلاك الشائكة التى تنتشر حول المصانع وخاصة فى المناطق النائية للحماية من اللصوص، فإن الحراس الذين يمتنعون عن التنبيه للغير وهم من غير اللصوص يكونون مسئولين جنائياً عن الهلاك ، خاصة أن هذا العمل يعد عملاً ضاراً ويعد من مصادر الواجب المنشئ للإحجام المكون لجريمة الامتناع . وفى نظر بعض شراح القانون الوضعى الذين يأخذون باتساع مصادر الواجب القانونى الذى هو عنصر فى الامتناع ذاته ، الذى نؤيده ونطالب به.

وقد ورد فى مفتاح الكرامة[1] " لو اضطر إلى طعام غيره أو شرابه فطلبه منه فمنعه مع غنائه فى تلك الحال فمات، ضمن المطلوب منه ، لأنه باضطراره إليه صار أحق من المالك .

سادساً: مذهب الإباضية

يسوى الفقه الإباضى بين الترك والفعل الإيجابى، معترفاً بصلاحية الامتناع لإحداث نتائج محظورة شرعاً، فلو سلم شخص ولده إلى معلم السباحة فغرق بالتفريط ضمنه فى ماله لأنه تلف بسببه .

وفى القواعد: ويضمن معلم السباحة الصغير إذا غرق ، وإن كان وليه أو من أذن له وليه على إشكال، لأنه إنما يتلف بتفريطه فى حفظه وغفلته عنه، وحينئذ يكون وجه الإشكال إمكان تلفه بدون تفريطه . ويمكن أن يكون الإشكال فى أصل الضمان، باعتبار مسيس الحاجة إليه، والأصل البراءة يعد مشروعية تعليمها فلا يستعقب ضماناً، ولكنه كما نرى مع فرض التفريط[2] .

ونفس الحكم عند المالكية والظاهرية نجده عند الإباضية . فقد جاء فى شرح النيل وشفاء العليل " إن من سمع قوماً يتوعدون بقتل أحد موحد أو بضربه أن يلزمه إنذاره وإعلامه، فإن توانى حتى قتلوه أو ضربوه لزمته ديته فى ماله وحده دون عاقلته ، ويرجع بها على القاتل، وإن أداها القاتل فلا عليه إلا التوبة . وإن كان إخباره سيؤدى إلى أن يقوم الأخير فيسبق إلى المتوعد فيقتله فإنه لا يجوز إخباره مطلقاً وإن أخبره لزمه الضمان[3].

وكذا لو لم يرشد إلى الطريق من استرشده سواء تم ذلك فى صحراء أو فى قرية أو بلد ، أو لم يطعم مستطعمه ، أو لم يسق مستسقيه لزمه ديته وحده إن هلك .

وقيل فيمن ترك مكفوفاً حتى وقع على حفير متعمداً أنه ضامن لديته ويعتق رقبة . ومن ترك إنساناً مشرفاً على الهلاك وهو قادر على تنجيته ولم ينجه فهو ضامن ويعتق رقبة .

ونستخلص من ذلك أنهم لا يرون القصاص من المتعمد، وإنما يقولون بالدية باعتبارها عقوبة عمدية، حيث تلزمه الدية فى ماله وحده دون العاقلة[4].

---

(1) د. يوسف قاسم: المرجع السابق ، ص ٣٨٣.

(2) د. رفعت الشاذلى: رسالة النظرية العامة للامتناع ، ص ٢٢٨ وهامش رقم ١ .

(3) شرح النيل جـ٢ ، ص ٦٣٧.

(4) د. يوسف قاسم: المرجع السابق، ص ٣٨٠.

سابعاً: المذهب الظاهرى

الإمام ابن حزم يقر بصلاحية الامتناع لإحداث نتيجة محظورة شرعاً، وفى كتاب المحلى[1] مسألة من استسقى قوماً فلم يسقوه حتى مات" .

قال على: روينا من طريق أبو بكر ابن أبى شيبه حدثنا حفص بن غياث عن الأشعس عن الحسن أن رجلاً استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه فأدركه العطش فمات فضمنهم عمر بن الخطاب ديته.

قال أبو محمد: القول فى هذا عندنا وبالله التوفيق هو أن الذين لم يسقوه إن كانوا يعلمون أنه لا ماء له البتة إلا عندهم، ولا يمكنه إدراكه أصلاً حتى يموت، فهم قتلوه عمداً، وعليهم القود بأن يُمنعوا الماء حتى يموتوا - كثروا أو قلوا - ولا يدخل فى ذلك من لا يعلم بأمره، ولا من ثم يمكنه ان يسقيه، فإن كانوا لا يعلمون ذلك ويقدرون أنه سيدرك الماء فهم قتلة خطأ ، وعليهم الكفارة وعلى عواقلهم الدية ولابد، وبرهان ذلك قول الله تعالى ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ ، وقول الله تعالى ﴿وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾ ، وبيقين يدرى كل مسلم فى العالم أن من استسقاه مسلم وهو قادر على أن يسقيه فتعمد ألا يسقيه إلى أن مات عطشاً فإنه قد اعتدى عليه بلا خوف من أحد من الأمة ، وإذا اعتدى فواجب بنص القرآن أن يُعتدى على المعتدى بمثل ما اعتدى به، فصح قولنا بيقين لا إشكال فيه، وأما إذا لم يعلم بذلك فقد قتله إذا منعه ما لا حياة إلا به، فهو قاتل خطأ، فعليه ما على قاتل الخطأ .

قال أبو محمد : وهكذا القول فى الجائع والعارى، ولا فرق، وكل ذلك عدوان، وليس هذا كمن اتبعه سبع لم يؤده حتى أكله السبع، لأن السبع هو القاتل له، ولم يمت فى جنايتهم ولا مما تولد من جنايتهم، ولكن لو تركوه فأخذه السبع وهم قادرون على انقاذه فهم قتله عمد إن لم يمت من شيء إلا من فعلهم، وهذا كمن أدخلوه فى بيت ومنعوه حتى مات، ولا فرق، وهذا كله وجه واحد وبالله التوفيق (انتهت المسألة).

وفى مسألة ثانية قال أبو محمد[2] : إن الذى كتبه الله تعالى علينا هو تحريم القتل، والوعيد الشديد فيه ، ففرض علينا اجتنابه، واعتقاد أنه من أكبر الكبائر بعد الشرك، وهو مع ترك الصلاة أو بعده . ومما كتبه الله تعالى أيضاً علينا استنقاذ كل متورط من الموت إما بيد ظالم كافر أو مؤمن متعد أو حيه أو سبع أو نار أو سيل أو هدم أو حيوان، أو من علة صعبة نقدر على معاناته منها، أو من أى وجه كان، فوعدنا الله تعالى على ذلك الأجر الجزيل الذى لا يضيعه ربنا تعالى الحافظ علينا صالح أعمالنا وسيئها ، ففرض علينا أن نأتى من كل ما افترضه الله تعالى علينا ، وأن نعلم انه قد احصى أجرنا على ذلك من يجازى على مثقال الذرة من الخير والشر .

وقد تعرض ابن حزم فى هذه المسألة لقول الله تعالى ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ . وذلك يبين مدى حرص الشريعة على المحافظة على النفس وحمايتها ومنع كل ما يؤذيها .

صفوة القول :

بعد استعراض آراء المذاهب الفقهية يتبين تأييد جمهور الفقهاء لصلاحية الامتناع لإحداث نتائج محظورة شرعاً ، وقد استند الجمهور لتأييد وجهه نظرهم فى القتل بعموم الآية الكريمة ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[3] وقوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى﴾[4]. وهذه الآيات تدل على وجوب القصاص فى القتل، سواء تم بفعل إيجابى أو بالترك، وهذا يتفق مع حكمة مشروعية القصاص من شفاء غيظ أولياء الدم.

---

(1) المحلى ، جـ١٠ ص ٥٢٢ مسألة رقم ٢٠٩٧.
(2) المحلى لابن حزم جـ١١ ص ١٨ مسألة رقم ٢١١٥.
(3) سورة المائدة ، الآية ٤٥ .
(4) سورة البقرة ، الآية ١٧٨.

وقد قال ابن تيمية ان أولياء المقتول تغلى قلوبهم بالغيظ حتى يؤثروا ان يقتلوا القاتل وأولياؤه، وربما لا يرضون بقتل القاتل بل يقتلون كثيراً من أصحاب القاتل، كسيد القبيلة ومقدم الطائفة، فيكون القاتل قد اعتدى فى الابتداء، ويعتدى هؤلاء فى الاستيفاء[1] .

الفرع الثانى
السببية عند الأحناف

أولاً: مفهوم السببية عند الأحناف

الحنفية لا يقرون بالمساواة بين الفعل والترك فى إحداث محظورات شرعية ، فقد ذهبوا إلى عدم تطبيق القصاص فى القتل بطريق الامتناع.

فقد ورد فى المبسوط للسرخسي[2] : ذكر فى النوادر أنه لو حبسه فى البيت فطبق عليه الباب حتى مات لم يضمن شيئاً عند أبى حنيفه ، ولكن يعزر على ما صنع . وعندهما -أى عند الصاحبين أبى يوسف ومحمد- يضمن ديته لأنه تسبب فى إتلافه على وجه معتد فيه ، فيكون بمنزلة حفر البئر فى الطريق. وأبو حنيفة يقول حبسه وتطبيق الباب عليه لا يوجب إتلافه وإنما يتلفه معنى آخر هو الجوع الذى هاج فى طبعه وبعد الطعام عنه . ولا صنيع للجانى فى ذلك ، فلو ضمن فإنما يضمن بجنايته عليه بتأخير حبسه .

وجاء فى البدائع للكاسانى[3] لو طين على أحد بيتاً حتى مات جوعاً أو عطشاً لا يضمن شيئاً عند أبى حنيفة وعندهما يضمن الدية ، ووجه قولهما أن التطبيق عليه تسبب فى هلاكه، لأنه لا بقاء لآدمى إلا بالأكل والشرب . فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش عليه يكون إهلاكاً له. فأشبه حفر البئر على قارعة الطريق .

ولأبى حنيفة أن الهلاك حصل بالجوع والعطش، ولا صنع لأحد فى الجوع والعطش، بخلاف الحفرة فإنها سبب للوقوع، والحفر حصل من الحافر فيكون قتلاً تسبيباً. وهذه الأقوال توضح أن الأحناف لم يسووا بين القتل بفعل إيجابى والقتل بفعل سلبى متمثلاً فى منع الطعام والشراب عن القتيل، وانقسموا إلى فريقين :

الفريق الأول : ويتزعم هذا الفريق الإمام أبو حنيفه الذى يرى أن الامتناع لا يعتبر فى حد ذاته سبباً لإحداث نتيجة محظورة شرعاً ، ومن ثم لا يترتب ثمة مسئولية على الممتنع .

ويظهر ذلك فى قول الإمام أبو حنيفه " حبسه تطبيق الباب عليه لا يوجب إتلافه، وإنما يتلفه معنى آخر هو الجوع الذى هاج فى طبعه وبعد الطعام عنه، ولا صنع للجانى فى ذلك، وهذا ما يوجبه الإمام عندما يشترط فى القتل الموجب للقود من أن يكون بمآله محددة تفرق الأجزاء .

وقياساً على ذلك لا يعتبر الجوع والعطش أو الحبس ليسوا بآلة حادة ، ويستدل بالآلة الحادة على العمد بكون العمد أمر خفياً ، وإنما الآلة الحادة تقطع الشك باليقين فى تعمد القتل وما يجرى مجرى ذلك[4].

وغالب الظن أن الإمام أبا حنيفة لم ير هذا الرأى إلا تحكيماً للشأن الغالب لجريمة القتل فى زمنه ، وفى البيئة التى عاش فيها ، وأنها كانت لا تعرف فى الاعتداء للقتل إلا بطريق الآلة المحددة التى تفرق الأجزاء[5] .

الفريق الثانى: ويتزعم هذا الرأى الصاحبان أبو يوسف ومحمد، ويرون أن الامتناع صالح لأن يكون سبباً فى إحداث نتيجة

---

(1) د. شريف فوزى: المرجع السابق ، ص ٢٢٢ وهامش رقم ٣ .
(2) المبسوط لشمس الدين السرخسى ، طبعة السعادة جـ٢٦ ص ١٢٣ .
(3) بدائع الصنائع ، لعلاء الدين أبى بكر محمد مسعود الكاسانى ، مطبعة الجمالية جـ٧ ، ص ٢٣٤.
(4) فى ذات المعنى المبسوط السرخسى ، المرجع السابق جـ٢٦ ص ٥٩.
(5) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٤٥٣، وهامش رقم ٢.

محظورة شرعاً، وفى نظرهما أن النفس باشرت قتل بسبب .

فالترك هو الذى أدى إلى هلاك الشخص المحبوس، وظاهر ذلك من قولهما : لإبقاء للآدمى إلا بالأكل أو الشراب، فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش عليه يكون إهلاكاً له.

ومعنى ذلك أن الامتناع صالح لإحداث نتيجة محظورة، وشبها السببية فى هذه الحالة بحالة حفر البئر على قارعة الطريق، فيسبب ذلك وقوع إنسان فيها فيهلك، فإن قتله هنا قتلاً تسببياً وليس قتلاً بالمباشرة . والقتل بسبب عند الحنفية لا يوجب القصاص وإنما يضمن فيه التسبب دية المقتول .

وهذا الخلاف ما بين الإمام أبى حنيفة وصاحبيه أبو يوسف ومحمد بصدد العقوبة الواجبة التطبيق ، فالصاحبان أوجبا الدية ولم يوجبا القصاص ، ومعنى ذلك أن الإمام وصاحبيه لم يوجبا القصاص فى القتل ، ومعنى ذلك عدم صلاحية الامتناع عندهم لإحداث نتيجة، وقد بنى الأحناف وجهه نظرهم فى ذلك إلى ما يلى[1] :

١- الأصل فى جريمة القتل على النفس هو صدور فعل إيجابى فى إزهاق الروح، وهذا عمل إيجابى، ولا ينسب إلى الممتنع فعل إيجابى، ومن ثم يكون الامتناع عدماً ولا يصلح لأن يكون سبباً لإحداث نتيجة إيجابية .

٢- العقاب يجرى على الجرائم التى تكون وصفاً للأفعال لا وصفاً للامتناع . فضلاً عن أن الاعتداء ومعناه تجاوز الشخص إلى ما له من حقوق مستمدة من الشارع ، ومن ثم فالماء والزاد كلها حقوق للإنسان، فعندما يمارس حقه فى الإعطاء أو المنع فإنه لا يعد مرتكباً لجريمة قتل المستغيث وإن كان يعد آثماً .

٣- والعبرة عند الحنفية بالجريمة المباشرة ، فالقتل تكون الجريمة فيه إذا باشرها أو تسبب فيه بفعل ترتب عليه الموت لا محالة، واتصل الموت بالفعل الذى كان سبباً فى القتل، وكان الفعل اعتداء[2] .

وتأسيساً على ما سبق، فالذى يسقط فى بئر الطريق أو حفرة ومات، فالقتل بسبب الحفر ، فيكون الحافر قاتلاً وتجب عليه الدية، وأما الترك حتى يموت غرقاً أو عطشاً أو يفترسه أسد أو ذئب فالسبب فى ذلك ليس الترك وإنما الجوع والعطش فلا يوصف بالقاتل .

وأخيراً، إذا كان أبو حنيفة لم يعتبر الامتناع جريمة موجبة للقصاص إلا أنه قرر أن ذلك معصية تستحق التعزير، وبمعنى آخر أوجب عقوبة للجانى متمثلة فى الحبس وهى عقوبة غير مقدرة[3] .

ثانياً: تقدير مذهب الحنفية

على الرغم من أن الأمام أبا حنيفة اعتبر الامتناع جريمة توجب التعزير، وتركها لولى الأمر، إلا أن وجهة نظره أن الامتناع لا يصلح لتسبيب محظورات شرعية - لأنه عدم - تستحق إعادة النظر فى الأسس التى بنى عليها وجهة نظرهم فيما يلى :

أولاً: اعتبار القتل متمثلاً فى فعل إيجابى - وهو إزهاق الروح - والامتناع لا يعد من الأفعال الإيجابية، أو القول باتصاف الشخص بجريمة قتل هو أن يصدر عنه فعل إيجابى قول لا يتفق مع عموم النصوص القرآنية التى حرمت القتل لذاته أسبابه، فالشارع حرم القتل تاركاً الأساليب المؤدية إلى نتيجة القتل تخضع لذات حرمة النتيجة، ومن ثم فإن كافة الوسائل والأساليب التى تؤدى إلى القتل محظورات شرعاً، سواء تم ذلك بالإيجاب أو الترك، وتأمل النصوص القرآنية .﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ فِي القَتْلَى الحُرُّ بِالحُرِّ وَالعَبْدُ بِالعَبْدِ وَالأنثَى بِالأنثَى﴾[4] ، وقوله تعالى : ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾[1]. وقوله تعالى ﴿وَلاَ تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ

---

(1) د. شريف فوزى: المرجع السابق، ص ٢٢١.
(2) الإمام أبو زهرة: المرجع السابق ص ١٣٥ ، ص١٣٦ .
(3) د. شريف فوزى: المرجع السابق، ص ٢٢٢ .
(4) سورة البقرة ، الآية ١٧٨ .

الناس جميعا﴾[1]. وقوله تعالى ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا﴾[2].

فهذه النصوص حرمت القتل لذاته، وقد سار جمهور الفقهاء على هذه الحكمة المستنبطة من النصوص، ولم يشترطوا أداة معينة لارتكاب القتل، وخير دليل على ذلك عدم إرضاع الأم لوليدها، فالنتيجة المحتمة هى إزهاق روح الطفل على الرغم من عدم استعمال الأم ثمة أدوات بعينها .

ثانيا: وأما القول بأن العقاب يجرى على الجرائم التى تكون وصفاً للأفعال لا وصفاً للامتناع، فإن ذلك يصطدم بمبادئ العدالة التى تقضى بمحاسبة المعتدى على الحقوق المعتبرة شرعاً، والمحمية بالضمانات الشرعية، سواء تم ذلك بفعل إيجابى أو سلبى ، لأنه غنى عن البيان أن الامتناع سلوك إنسانى، فضلاً عن أية وسيلة من الوسائل التى يتخذها الجانى كذريعة لبلوغ أهدافه نحو إحداث محظورات شرعية ، وكلا الأمرين - السلوك والوسيلة - صادران عن وعى وإرادة الجانى.

ثالثا: وأما اشتراط الجريمة المباشرة ليقتص من الجانى ويخرجون من القصاص ما كان بالتسبيب ، فهو اشتراط فى غير محله وعلى غير أساس منطقى، فالفرق بين المباشرة والتسبيب، والمنطق يقول أن كلا الأمرين - المباشرة والتسبيب - يصلحان معاً لإحداث النتائج المحظورة شرعاً حسب المجرى العادى للأمور، بل فى بعض الأحيان قد يكون التسبيب أشد بطشاً وأشنع فى كيفية ارتكاب القتل، فمثلاً التجويع لا العطش هى مراحل للموت البطئ وأشنع من القتل برصاصة مثلاً، والترك لأسد جائع أو ذئب مفترس أشنع وافظع .

وفضلاً عن ذلك فإن هذا الرأى -على فرض تعميمه- يؤدى إلى نتيجتين خطرتين: الأولى توسيع مجال الإجرام واستحداث وسائل جديدة، والثانية هى الإفلات من العقاب، وكلتاهما ضد مقاصد الشريعة الغراء.

كما أن هذا المذهب لا يتفق مع جمهور الفقهاء الذى لا يفرق بين الجريمة المباشرة والجريمة المسببة الموجبة للقصاص، وهذا لا يتفق مع حكمة القصاص باعتباره جزاء وفاقاً لمن سولت له نفسه بارتكاب ما حرم الله وهو القتل، والذى اعتبره من أكبر الكبائر بعد الشرك بالله، فضلاً عن التعدى على العدالة ذاتها بعدم شفاء غيظ أولياء الدم .

خلاصة المذاهب الفقهية المتقدمة

المذاهب الفقهية السابقة يمكن ردها إلى ثلاثة مذاهب فى اتفاقها واختلافها. غير أنه يجدر الإشارة إلى إجماع الفقهاء على أن الامتناع جريمة، إلا أن محل الخلاف بخصوص العقوبة حول نوع هذه الجريمة هل تنسب إلى جرائم القصاص والدية أم إلى جرائم التعزير؟ ويمكن أن نرد آراء الفقهاء فى هذه المسألة إلى المذاهب الثلاثة وهى كما يلى[3] :

المذهب الأول : مذهب المالكية والظاهرية والإباضية: وهو مذهب عمر بن الخطاب رضى الله عنه، ويرى أن الامتناع عن إغاثة المضطر - إذا أدى إلى حدوث نتيجة ضارة - فإنه يكون الجريمة التى تتناسب مع النتيجة التى حدثت، بمعنى أنه أدى الامتناع إلى قتل النفس ،فيكون قتلاً ويستوجب العقوبة المقدرة للجريمة الأصلية فيما لو ارتكبت بعمل إيجابى، مع مراعاة توافر القصد الجنائى أو عدم توافره، وهذا هو مذهب الجمهور، حيث يقررون أن الامتناع عن الإغاثة من جرائم القصاص والدية متى حدثت نتيجة ضارة .

المذهب الثانى : مذهب الحنابلة والإمامية: وهو يتفق مع مذهب المالكية والظاهرية والإباضية فى أن الممتنع يكون مسئولاً جنائياً . إلا أن الحنابلة والإمامية اشترطا طلب المستغيث أو المضطر إنقاذه أو استخلاصه، وإن لم يطلب فلا

---

(1) سورة المائدة ، الآية ٣٢.

(2) سورة الإسراء ، الآية ٣٣.

(3) د. يوسف قاسم: المرجع السابق، ص٣٨٤-٣٨٩.

مسئوليه عليه، وظاهر هذا من النص "وإن اضطر إلى طعام أو شراب لغيره فطلبه منه فمنعه فمات بذلك ضمنه المطلوب، وإن لم يطلب منه لا يضمنه لأنه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه .

المذهب الثالث : فقهاء مذهب الحنفية والشافعية : يقررون أن الامتناع عن واجب شرعى هو إثم وعصيان، وهو من جرائم التعزير . والممتنع يكون مرتكباً لجريمة تعزيرية يقرر لها ولى الأمر العقوبة المناسبة فى نظر الحنفية . إلا أن العقوبة لا تكون بمقدار عقوبة الفعل الإيجابى. بينما الشافعية يرون المساواة فى العقوبة على الجريمة التى تقع بالترك مثلما تقع بالفعل ، إلا أن الامتناع من جرائم التعزير .

ثالثاً: صلاحية الامتناع لإحداث محظورات شرعية

مما لا شك فيه أن رأينا يتفق مع رأى الجمهور من الفقهاء فى صلاحية الامتناع لإحداث نتائج محرمة شرعاً، لأن الشرع جاء للحفاظ على الضروريات الخمس .

والحكمة تقتضى - لكى يلزم حماية هذه الضروريات - تأثيم وتحريم كل الوسائل المؤدية إلى انتهاكها والتعدى عليها، وذلك باعتبار أن كل ما يؤدى إلى الحرام فهو حرام. وسوف نستعرض بعض الأدلة الدالة على ذلك فى رأينا :

أولاً: يقول المولى عز وجل ﴿وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾[1] .

فالمولى حرم إزهاق الروح بأى وسيلة كانت، سواء كانت مباشرة أو تسببيا كما يرى الحنفية، أو بطريقة غير مباشرة كالترك كما يرى جمهور الفقهاء، وهذا على سبيل المثال .

فتفسير الآية الموجز "الامتناع عن قتل النفس التى حرم الله إلا بالحق ، ومن يقتل فقد جعلنا لوليه سلطاناً أى حقاً فى إقامة الحد والقصاص من القاتل ، ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِيْ الأَلْبَابِ ﴾ ، فلا يتجاوز هذا الحد بعدم الإسراف فى القتل ، والقاعدة الآلهية ﴿وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ .

ولتأكيد هذا المنع تأمل حديث النبى (ﷺ) " انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً"، قال يا رسول الله ننصره مظلوماً فكيف تنصره ظالماً، قال (ﷺ) أن تمنعه عن ظلمه فالمنع عن الظلم نصر والرد للظالم نصره ومنعه، ومن ثم فالامتناع يكون صالحاً لترتيب نتائج طيبة، ويصلح أيضاً لترتيب نتائج ضارة وهى المحظورات الشرعية التى تستحق الإثم والعقاب .

ثانياً : أن النبى ﷺ قال عذبت امرأة فى هره حبستها حتى ماتت فدخلت فيها النار، لا هى أطعمتها وسقتها إذ هى حبستها، ولا هى تركتها تأكل من خشاش الأرض. تأمل حديث النبى فى شأن تعذيب حيوان لا إنسان ما بمنعه من الطعام والشراب، وذلك بالحبس حتى إزهاق الروح فى قوله (ﷺ) حتى ماتت، فالجزاء من جنس العمل، وهو التعذيب فى النار، فما بالك بمن يعذب إنسانا بمنع الطعام والشراب عنه حتى يزهق روحه[2] .

وهذا الحديث من مكارم الأخلاق والتى يحثنا عليها النبى ﷺ وهو القائل إنما بُعثت لأتمم مكارم الأخلاق والذى مدحه ربه بقوله عز وجل ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾ .

وهذا الحديث تطبيق مستقيم لقول الله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ فالأولى أن يتم إغاثة الملهوف وإنقاذ الغريق والحريق وصاحب الهدم من الهدم، وتقديم ما يلزم لكفالته وحماية حقه فى الحياة وعرضه وماله. خاصة هذه الأيام مع انتشار من سقوط العقارات بقاطنيها .

---

(1) سورة الإسراء ، الآية ٣٣.

(2) رواه البخارى ومسلم ، رياض الصالحين طبعة الحلبى ص ٥٨٥.

ثالثاً : روى أنه كان لسمره بن جندب[1] نخل فى حائط (بستان رجل مسن من الأنصار) فكان يدخل عليه هو وأهله فيؤذيه فشكى ذلك الأنصارى إلى رسول الله ﷺ ما يلقاه من سمره فقال الرسول ﷺ لسمرة بعه فأبى (امتنع) ، قال : فاقلعه فأبى (امتنع)، قال هبه ولك مثلها فى الجنة فأبى (امتنع) فقال له رسول الله ﷺ أنت مضار، وقال للأنصارى اذهب فاقلع نخله[2].

ونستنبط من هذا الدليل أن حكم الرسول ﷺ بقلع النخل إنما هو تطبيق للقاعدة التى وضعها الرسول ﷺ بقوله فى الحديث المشهور لا ضرر ولا ضرار .

نلاحظ أن الامتناع الذى أحرزه سمرة بن جندب عن أمر رسول الله ﷺ هو امتناع عن واجب شرعاً لنص الآية الكريمة ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾[3] .

فهذا الامتناع عن الأمر الواجب شرعاً، فالأمر متدرج من البيع إلى النقل إلى الهبة، وفى كل مرة يحدث إباء وامتناع ، فترتب على ذلك الامتناع الضرر، وهو الإيذاء الواقع على الأنصارى المتمثل فى تقييد حركته وأهله حال مرور سمرة فى بستانه وصولاً لنخله ، فكان الحكم بالقلع لإزالة الضرر، وهذا تطبيق لقاعدة الضرر يزال .

ويستنبط من هذا الحديث أنه يجوز للحاكم المسلم أن يزيل الضرر الذى يلحق بالمسلمين المشابه لهذه الحوادث كأن اعترض طريقاً عاماً ملكية خاصة قد تعوق عموميته، فللحاكم أن يزيل هذا لأنه ضار إذا امتنع صاحبه جبراً عنه .

رابعاً: ما أخرجه الحاكم والبيهقى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ يقول فى كل إبل سائمة فى كل أربعين ابنة لبون لا نفرق إبل عن حسابها من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ومن منعها فإنا آخذوها وشطر إبله عزمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى لا يحل لآل محمد منها شيء ، رواه أحمد والنسائى وأبو داود .

ونرى أنه يستنبط من هذا النص أنه يجوز للإمام أن يعاقب بأخذ المال أخذاً من قوله ﷺ (ومن منعها فإنا آخذوها وشطر ابله أى بعضه).

فإن هذا صريح فى جواز المعاقبة بالمال، حيث يعاقب الممتنع بأخذ شطر ماله، وليس هناك نص أصرح من هذا النص فى هذا المقام .

فى هذا الحديث يعاقب الممتنع عن الزكاة بأخذ شطر ماله ، وبهذا الدليل يجوز للإمام أن يعاقب بأخذ المال من الممتنع عن دفع الزكاة[4] ، والذى يعنينا فى هذا الحديث الامتناع الذى أحدث نتيجة محظورة شرعاً، وهى مخالفة الواجب المفروض شرعاً بدفع الزكاة، وإلا إنزال العقاب بأخذ شطر المال .

خامساً: حديث أبى هريره[5] (رضى الله عنه) أن رسول الله ﷺ قال : "لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبه فى جداره" .

هذا الحديث يحث على حسن معاملة الجار وعدم التعرض له فى الانتفاع بملكه، بشرط عدم الإضرار بالجدار وقيام الحاجة إليه، وهذا ما عند الحنفية والشافعية والحنابلة[6] . وهذا المنع وهو النهى الصريح الصادر من النبى ﷺ الممثل فى عدم تمكين الجار بالانتفاع بملكه، وهذا المنع إن خولف استحق الإثم والتعزير من ولى الأمر وعليه الضمان .

ومن هذا الحديث استخلصت قاعدة (من حرم عليه الامتناع عن بذل شيء سُئله فامتنع ، فهل يسقط إذنه بالكلية أو

---

(1) د. رمضان الشرنباصى: العقوبات الشرعية ، مطابع السعدنى طبعة ٢٠٠٧ ص ١٧٨ وهامش رقم ١ ، ٢.
(2) د. رمضان الشرنباصى: المرجع السابق ، ص ١٧٩ .
(3) سورة الأحزاب ، الآية ٣٦.
(4) ورد على هذا الدليل عدة شبهات وقد رد عليها الأستاذ الدكتور رمضان الشرنباصى فى كتابه العقوبات الشرعية المرجع السابق ص ١٧٩ وما بعدها .
(5) البخارى ، كتاب المظالم والعقيب حديث رقم ٢٤٦٣ باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه فى جداره ، فتح البارى (١٣١/٥).
(6) د. محمود إسماعيل مشعل: المرجع السابق ، ص ٥٧٣.

يعتبر ويجبره الحاكم عليه ؟؟ . فالمدار فى هذه المسألة على عدم الإضرار، فإن كان وضع الخشب على الجدار لم يضر به أحد فقد نص أحمد على عدم اعتبار إذنه بالكلية، ويجبر عليه إن أباه (أى امتنع)[1] .

وأخيراً ، نقول إن مقتضيات الحياة الاجتماعية فى العصر الحديث، وتطور التكنولوجيا تطوراً مذهلاً مع بداية دخول الجيل الثالث من الاتصالات وانتشار الإنترنت حتى أصبح فى متناول الكل، يستلزم كل ذلك إيجاد نوع من التعاون والتكامل بين الأفراد فيما بينهم وبين الأفراد والهيئات والمؤسسات الممثلة فى الدولة فى ضرورة تعويض اللامبالاة ومحاربة إحجام الأفراد والهيئات عن القيام بالواجبات المفروضة عليها ، وذلك من منطلق ما تنادى به المبادئ الدينية والأخلاقية التى قامت عليها الشريعة الإسلامية. ولعل أصدق مثال على ذلك هو ذلك الإضراب العام الذى دعت إليه إحدى حركات المعارضة يوم الأحد ٢٠٠٨/٤/٦ على جميع أنحاء الجمهورية وعلى جميع الفئات من طلبة وعمال وموظفين وصناع ... الخ .

فهذا الامتناع العام الذى أدى إلى نتائج اقتصادية فادحة، وما ترتب على ذلك من اندلاع حوادث شغب وتخريب للممتلكات العامة بمدينة المحلة استمرت عدة أيام، بعد هذا الامتناع العام - وما ترتب على ذلك من إزهاق أرواح وإصابة العشرات - كل هذا تم بسبب الامتناع فى بدايته، وغياب النص العام الذى يجرمه .

وما هذا المثال الحقيقى إلا صورة من صور تقدم الأساليب الإجرامية وتنوعها، حتى شملت الأفعال الإيجابية والسلبية معاً، ومن ثم يجب التدخل من المشرع لصياغة نص عام توضع فيه الضوابط العامة لتطبيق الامتناع وتعزيز العقوبات الملائمة له .

الفرع الثالث
السببية بين الشريعة والقانون

تمهيد :

بعد استعراض علاقة السببية فى القانون الوضعى وكذا فى الشريعة الإسلامية كان لابد من عقد مقارنة بين الشريعة والقانون حول النظرة إلى علاقة السببية، ووجدنا مواطن اتفاق وأخرى مواطن اختلاف. وسوف نوضح ذلك فيما يلى .

أولاً: مواطن الاتفاق بين الشريعة والقانون

أولاً : من حيث طبيعة السببية :

طبيعة علاقة السببية اتفق عليها علماء القانون وفقهاء الشريعة من كونها صلة مادية تربط بين السلوك (سواء الإيجابى أو السلبى) والنتيجة الإجرامية .

ثانياً: من حيث مجال البحث فى علاقة السببية :

البحث عن علاقة السببية لا يثور إلا فى نطاق الجرائم التى يتضمن ركنها المادى نتيجة إجرامية، فلا تثور المشكلة عند الحديث عن الجرائم ذات النشاط المحض، أى أن علاقة السببية تثور فى الجرائم ذات النتائج سلبية كانت أم إيجابية[2] فعلاقة السببية هنا مظهراً للإسناد المادى بين النتائج والسلوك..

---

(1) د. محمود إسماعيل مشعل: المرجع السابق، ص ٥٧٧.
(2) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٤٦٧

ثانياً: مواطن الاختلاف

من حيث الاعتراف بعلاقة السببية :

الشريعة الإسلامية اعترفت بعلاقة السببية -كما رأينا فى رأى جمهور الفقهاء- بينما فى القوانين الوضعية أمر لم يتقرر إلا حديثاً وفى بعض النصوص المتناثرة، ولا يوجد لها ضوابط وقواعد عامة، وإنما حالات منفردة بمفردها. والأعجب أن بعض الشراح فى القوانين الوضعية. أقروا بصلاحية الامتناع فى إحداث نتائج فى الجرائم غير العمدية وأنكروا هذه الصلاحية فى الجرائم العمدية وهى الأشد خطورة ، ومما يزيد الأمر صعوبة واستنكاراً أن النصوص الخاصة بالجرائم العمدية ضيقة، تتسم عباراتها بعدم المرونة والاتساع ، فنجد فى عباراتها عدم المساواة بين الفعل الإيجابى والسلبى.

وعلى عكس ذلك تتميز الجرائم غير العمدية بكثرة النصوص ومرونة الألفاظ والعبارات واتساعها لتشمل الأفعال الإيجابية والسلبية على حد سواء فى إحداث وترتيب النتائج الإجرامية .

وإذا كان الامتناع عدماً فى الجرائم العمدية، فلماذا لا يكون عدماً فى الجرائم غير العمدية؟ فهو إما أن يكون وإما أن لا يكون عدماً فى الحالتين أو لا يكون[1] .

بينما الأمر مختلف فى الشريعة، فإنهم لا يعتبرون الامتناع عدماً، وإنما صالحاً لترتيب محظورات شرعية تستوجب الزجر والحد، ولا يفرقون بين الجريمة السلبية والإيجابية فالثابت عندهم أنه من منع فضل ماء مسافراً عالماً بأنه لا يحل له منعه فمات لعدم سقايته اعتبر قاتلاً عمداً .

وكذلك قاعدة الترك هل هو كالفعل أم لا، وهى من القواعد الخاصة بالضمان، ومن تطبيقات تلك القاعدة عند الفقهاء، من ترك إنقاذ نفس من الهلاك يكون عليه القود لظهور قصد الإهلاك بذلك عند جمهور الفقهاء [2]. ومن التطبيقات الحديثة لهذه القاعدة امتناع بنك الدم عن إعطاء الدم لمريض فى حاجة ماسة إليه[3]. وأيضاً الامتناع عن الإنعاش الاصطناعى لمريض فى حالة خطرة، فالإنعاش أشبه ما يكون بإنقاذ غريق أو دفع فى مهلكه ، فهذا واجب كفائى إن قام به البعض سقط عن الآخرين وإلا فالإثم على الجميع [4].

الفرع الرابع
الفقه الألمانى يقترب من المذاهب الفقهية

رأينا فيما سبق أن المشرع الألمانى والقضاء الألمانى يقران بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية المترتبة عليه، بأن افرد لها نصاً فى قانون العقوبات وتطبيقات القضاء الألمانى حددت لها شروطاً لتطبيقها، بمعنى أوسع من كثير من التشريعات المقارنة، خاصة التشريع الفرنسى، والذى يعتبر بؤرة اهتمام للمشرع المصرى والذى ينقل عنه الكثير.

بيد أن الشريعة الإسلامية - ممثلة فى المذاهب الفقهية والجمهور من الفقهاء - قد سبقوا الفقه الألمانى فى ذلك .

وفى ذلك يقول الإمام أبو زهرة[5]: "والفقه الألمانى يتقارب من مذهب مالك والظاهرية، وإن كان دونهما لأنه اعتبر الترك جريمة إذا كان تركاً لواجب قانونى، بينما هذان المذهبان وغيرهما لا يفرقان فى مثل هذه المسألة بين واجب قانونى ودينى ، **لأن الواجب الدينى إذا ترتب على تركه تعريض حياة للتلف يتحول إلى واجب قضائى".**

(1) د. ابراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٤٦٩ .
(2) د . محمود إسماعيل مشعل: المرجع السابق، ص ٥٨٤ وما بعدها .
(3) فتوى الشيخ جاد الحق فى ذلك الأمر.
(4) د. محمود إسماعيل مشعل: المرجع السابق، ص ٥٨٦.
(5) الإمام أبو زهرة: المرجع السابق، ص ١٤١ ، ١٤٢ .

وذلك مقرر حتى فى مذهب أبى حنيفة، فإرضاع الأم لولدها واجب دينى عليها ، ولكن إذا كان الولد لا يلقم إلا ثديها، أو لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به ظئرا لترضعه، ويخشى على الولد من الهلاك، فإن ذلك الواجب ينتقل من مرتبة الواجب الدينى المجرد إلى الواجب القضائى الذى يحكم به القضاء .

وأيضاً إذا كان القضاء الألمانى قد استعان بضابط (لولا الامتناع ما حدثت النتيجة) فإن الشريعة الإسلامية قد رأت فكرة السببية الملائمة أو المناسبة، وهى التى تتلخص فى كون الجانى مسئولاً عن فعله ما دام فعله يصلح لأن يكون سبباً ملائماً لحدوث النتيجة وفقاً للمجرى العادى للأمور .

فإن الضابط الذى اتخذته الشريعة لتحديد تلك العوامل - التى تتفق والمجرى العادى للأمور ولا تقطع علاقة السببية - هو العرف .

وذلك أن العرف هو ما استقر فى النفوس من الأمور المتكررة التى ترضاها وتقبلها الطباع السليمة، فإذا أظهر العرف أن العوامل التى تداخلت مع أفعال الجانى هى من الأمور المألوفة، والتى ينبغى توقعها، ولا تؤثر على النتيجة التى حدثت، فإن هذه العوامل لا تقطع علاقة السببية، والعكس صحيح .

وسوف نوضح آراء المذاهب الفقهية بشأن علاقة السببية، عند الحديث فى الفصل المخصص لعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة فى الشريعة الإسلامية، وإنما أردنا بيان تقارب الفقه الألمانى مع المذاهب الفقهية، والتى تبين أنها سبقت التشريعات الحديثة، خاصة فى مجال بحثنا .

الفرع الخامس

أثر توسط الامتناع بين الفعل الإيجابى والنتيجة المحظورة شرعاً

تمهيد :

قد لا يكون فعل الامتناع خالصاً، بل قد يتوسط فعلاً إيجابياً والنتيجة الإجرامية، أو قد يكون حلقة من ضمن حلقات أدت إلى إحداث نتائج محظورة شرعاً. وقد تعرضنا له عند شرح القوانين عند تحديد علاقة السببية وتحديد دور الامتناع فى علاقة السببية وأثره فى إحداث النتائج.

وكذلك الحال تتعرض لنظرة الشريعة الإسلامية عندما يتوسط الامتناع الفعل الإيجابى أو قد يعاصره أو يلاحقه أو يسبقه، وأثره فى إحداث المحظورات شرعاً وبيان علاقة السببية فى ذلك .

وفى الواقع يحدث أن تتداخل عوامل متعددة بين نشاط الجانى والنتيجة، وقد تكون عوامل طبيعية، وقد تكون خطأ من الجانى أو خطأ من المجنى عليه، وقد ترجع إلى شخص ثالث مع فعل إيجابى[1].

وسوف نعرض بإيجاز أثر تداخل هذه العوامل ونظرة الشريعة وقضائها إلى هذه العوامل .

أولاً: العوامل الطبيعية :

وهى تلك العوامل التى تكون وليدة الأقدار والمصادفة، وتستقل عن نشاط الجانى ، ولا تنسب إلى إنسان معين، وقد تكون ظروفاً طبيعية صاحبت فعل الجانى، أو حالة المجنى عليه الضحية، أو مضاعفات طبيعية للإصابة .

١ـ ظروف طبيعية توافقت مع فعل الجانى :

ومثال ذلك شخص ألقى بآخر فى البحر قاصداً قتله بالتغريق، إلا أن الحوت التقمه، فالموت هنا أو القتل تم عن طريق التقام حيوان مفترس ، يصادف وجوده وقت الإلقاء .فهل ذلك يؤثر على علاقة السببية بين فعل الجانى والنتيجة .

الراجح عند فقهاء الحنابلة[2] والشافعية[1] أن الوفاة نتيجة هذا العامل لا يقطع علاقة السببية، وعلى الجانى

---

(1) د. شريف فوزى: المرجع السابق، ص ١٥٧.

(2) المغنى لابن قدامه ، الطبعة الأولى المنار جـ٩ ص ٣٣٩-٣٤٠.

القصاص وعلى ذلك أن تلك الظروف الطبيعية متوقعة فى هذه الحالة، وكان بمقدور الجانى توقع هذه الظروف ، وهذا يماثل المجرى العادى للأمور فى القوانين الوضعية .

٢- الحالة الصحية للمجنى عليه وأثرها :

قد يكون المجنى عليه وقت الاعتداء مريضاً بضعف فى القلب –على سبيل المثال- ويصعب عليه المقاومة .

وقد حدثت تلك الواقعة فى [واقعى العملى حينما كنت أعمل كرئيس لفرع البحث الجنائى بالبحيرة عام ٢٠٠٦] قامت مشاجرة بين طرفين فانفعل على أثرها أحد الطرفين فوقع مغشياً عليه متأثراً بأزمة قلبية وفارق على أثرها الحياة(2) .

فالراجح عند الشافعية(3) وجوب القصاص على المعتدى بالضرب على شخص مريض يجهل مرضه ، وعلة ذلك أن الجانى ظاهر القصد فى الاعتداء ولو كان هذا الاعتداء غير مهلك فى الأصل، فرابطة السببية متوافرة وتوجب القصاص.

٣- المضاعفات الطبيعية للإصابة :

وقد تحدث مضاعفات للجروح، فما تأثير ذلك على علاقة السببية؟ الشافعية(4) يرون القصاص من الجانى، فالجانى مسئول عن فعله، ولو ترك المجنى عليه المجروح علاج جرحه حتى مات لأن البرُء غير موثوق به، فضلاً عن أن ظاهر الفعل هو قصد الاعتداء . ولو اندملت جروحه واستمر محموماً فمات وجب القود، ومن ثم يتبين أن تلك المضاعفات لا تقطع رابطة السببية لأنه كان يجب على الجانى توقعها أو كان بمقدوره توقعها .

<u>ثانياً: خطأ الجانى بتخلف فعله :</u>

ومثله الذى يطلق عياراً نارياً قاصداً قتل شخص ما فتصادف مرور آخر فأخطأ فى شخصيته ، وامتنع عن إسعافه خشية افتضاح أمره.

أغلب الفقهاء فى مذهب مالك وبعض الحنابلة يرون أن هذا الخطأ لا يؤثر على رابطة السببية بين الفعل والنتيجة واعتباره قاتلاً يوجب عليه القود(5).

وبعض المالكية يرون التفرقة بين الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية، والجانى فى الأولى مخطئ وعامد فى الثانية ، بينما الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة يرون القاتل مخطئاً سواء كان الخطأ فى الشخص أو فى الشخصية ويعتبرونه مسئولاً عن فعله(6).

<u>ولنا رأى :</u>

الواقع أن اختلاف الفقهاء يتعلق بالقصد الجنائى، ولا يتعلق برابطة السببية التى هى ثابتة باتفاقهم على إسناد الفعل إلى فاعله، والبحث بعد ذلك عن القصد هل هو عامد أم خطأ؟

---

(1) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، المرجع السابق جـ٧ ص ١٠١.
(2) واقعة المحضر رقم ٦٠٢٥ لسنة ٢٠٠٦ إدارى مركز الدلنجات – البحيرة ، وتتلخص الواقعة فى حدوث مشاجرة بين عائلتى العطار ، سليم وأثناء عقد جلسة صلح بينهم أنفعل أحدهم (صالح غريب العطار) وسقط مغشياً عليه.
(3) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، المرجع السابق جـ٧ ص ١٧.
(4) المحتاج إلى شرح المنهاج ، المرجع السابق جـ٧ ص ١٦.
(5) حاشية الدسوقى ٣ الشرح الكبير جـ٤ ص ٢١٥ ، مواهب الجليل شرح مختصر للخطاب ، جـ٦ ص ٢٤٠-٢٤٣.
(6) بدائع الصنائع جـ٧ ، ص ٢٣٤.

ثالثاً: خطأ المجنى عليه بجانب فعل الجانى :

وينبغى التفرقة بين هذا الخطأ هل هو خطأ مألوف أو غير مألوف ، فمثلاً لو أراد شخص قتل آخر فأشار إليه بسلاح فهرب منه فتتبعه حتى مات نتيجة سقوطه فى حفرة أو سقوط حائط عليه، وامتنع عن إسعافه ونكل عن مساعدته ، فالجمهور متفق على مسئولية الجانى عن فعله، والخلاف بينهما على العمد أو شبه العمد، فالمالكية يرون أنه قتل عمد ذلك أن خطأ المجنى عليه يدخل فى المألوف والمتوقع، وهو الهرب من فعل إيجابى محاولاً النجدة، إلا أنه لم يتوقع أن يسقط فى حفرة ولم يتوقع انهيار حائط عليه .

بينما الحنابلة والراجح عند الشافعية يرون أنه قتل شبه عمد، أما الحنفية فإنهم - تأسيساً على أصول مذهبهم من ضرورة توافر المباشرة فى القتل - فإنهم لا ينسبون الموت إلى الجانى بل ينسبونه إلى المجنى عليه باعتبار أن الوفاة حدثت نتيجة خطأ منه .

ويمكن أن نلخص أقوال جمهور الفقهاء فى اعتبار معيار الخطأ المألوف أو غير المألوف أساساً للقول بتوافر أو انقطاع رابطة السببية، إذا ما ساهم مع فعل الجانى، فإذا كان خطأ المجنى عليه يمكن توقعه وكان مألوفاً فإنه لا يقطع رابطة السببية، وإذا كان غير مألوف فإنه يقطع علاقة السببية[1] .

رابعاً : تداخل فعل أجنبى مع فعل الجانى :

وهو جعل الغير الذى قد يشارك مع فعل الجانى فى إحداث النتيجة ، والواضح من هذا الافتراض أن تتداخل الأفعال التى تساهم فى إحداث النتيجة، أى حالات المساهمة، والبحث يثور عن أى الأفعال التى أدت إلى إحداث النتائج المحظورة شرعاً، فمثلاً غير قاصد قتله وهذا الشخص تركه ، وجاء ثالث بينه وبين هذا الشخص عداوة فامتنع عن إطعامه أو شرابه قاصداً قتله.

فالفعل والامتناع هنا مكملان بعضهما البعض فى إحداث النتيجة، أى ثبوت العلاقة وإن اختلفا فى القصد الجنائى .

وقد جاء فى نيل الأوطار فى باب من أمسك رجلاً وقتله آخر[2] :

١- عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال " إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر ، يقتل الذى قتل ، ويحبس الذى أمسك "[3].

٢- وعن على رضى الله عنه " أنه قضى فى رجل قتل رجلاً متعمداً وأمسكه آخر ، قال : يقتل القاتل ، ويحبس الآخر فى السجن حتى يموت " رواه الشافعى.

حديث ابن عمر أخرجه الدارقطنى من طريق الثورى عن إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر ، ورواه معمر وغيره عن إسماعيل . قال الدارقطنى : والإرسال أكثر ، وأخرجه أيضاً البيهقى ورجح المرسل وقال : إنه موصول غير محفوظ . قال الحافظ فى بلوغ المرام : ورجاله ثقات وصححه ابن القطان . وقد روى أيضاً عن إسماعيل عن سعيد بن المسيب مرفوعاً ، والصواب عن إسماعيل قال " قضى رسول الله ﷺ " الحديث ورواه ابن المبارك عن معمر عن سفيان عن إسماعيل يرفعه قال " اقتلوا القاتل ، واصبروا الصابر" يعنى احبسوا الذى أمسك وأثر عن على رضى الله عنه هو من طريق سفيان عن جابر عن عامر عنه : والحديث فيه دليل على أن الممسك المقتول حال قتل القاتل به لا يلزمه القود، ولا يعد فعله مشاركة حتى يكون ذلك من باب قتل الجماعة بالواحد ، بل الواجب حبسه فقط . وقد حكى صاحب البحر هذا القول عن العترة والفريقين ، يعنى الشافعية والحنفية . وقد استدل لهم بالحديث والأثر المذكورين ، وبقوله تعالى – فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم – وحكى فى البحر أيضاً عن النخعى ومالك والليث أنه يقتل الممسك كالمباشر للقتل لأنهما شريكان ، إذ لولا الإمساك لما حصل القتل. وأجيب بأن ذلك تسبيب مع مباشرة ولا حكم له معها ، والحق العمل

---

(1) د. شريف فوزى : المرجع السابق، ص ١٦٥.
(2) نيل الأوطار ، للشوكانى جـ٧ ص ٢٥.
(3) فهرس سنن البيهقى ، كتاب الجراح ، حديث رقم ١٥٨٠٨.

بمقتضى الحديث المذكور ، لأن إعلاله بالإرسال غير قادح على ما ذهب إليه أئمة الأصول وجماعة من أئمة الحديث، وهو الراجح لأن الإسناد زيادة مقبولة يتحتم الأخذ بها ، والحبس المذكور جعله الجمهور موكولاً إلى نظر الإمام فى طول المدة وقصرها، لأن الغرض تأديبه وليس بمقصود استمراره إلى الموت ، وقد أخذ بما روى عن على رضى الله عنه من الحبس إلى الموت ربيعة .

الفصل الثالث

الركن المعنوى "الصفة الإرادية للامتناع"

تمهيد :

الجريمة ليست كياناً مادياً خالصاً، وإنما تكتمل أركانها بالكيان النفسى المتمثل فى القصد الجنائى المعروف بالركن المعنوى .

فإذا كان السلوك هو جوهر الركن المادى فإن الإرادة هى جوهر الركن المعنوى ، والشارع يهتم بالركن المعنوى لتعبيره عن شخصية ونفسية الجانى بالفعل الذى ارتكبه، ويضفى على عناصر الجريمة تكييفاً قانونياً يكون محلاً لإنزال العقاب. فالإرادة فى القصد الجنائى هى التى سيطرت على ماديات الجريمة، مع العلم بعناصرها، واتجهت بها نحو النتيجة، ومن ثم أصبحت سبباً لتوقيع العقاب .

وفضلاً عن ذلك فللقصد الجنائى أهمية فى التفرقة بين الجرائم العمدية وغير العمدية، ومن ثم سوف يكون بحثنا فى الصفة الإرادية للامتناع على ما يلى :

المبحث الأول : الصفة الإرادية للامتناع فى القانون

المطلب الأول : مدلول القصد الجنائى .

الفرع الأول : العلم كعنصر فى القصد الجنائى .

الفرع الثانى : الإرادة كعنصر فى القصد الجنائى .

المطلب الثانى : موضع الإرادة .

الفرع الأول : الإرادة بين ركنى الجريمة .

الفرع الثانى : الإرادة فى الركن المادى كلياً .

المطلب الثالث : القصد الجنائى كمعيار للتفرقة .

الفرع الأول : القصد الجنائى فى جرائم الامتناع ذات النتيجة.

الفرع الثانى : القصد الجنائى فى جرائم الامتناع المجرد.

المطلب الرابع : أثر الجهل والغلط فى القصد الجنائى .

الفرع الأول : أثر الجهل والغلط فى قانون العقوبات والمكملة له .

الفرع الثانى : أثر الجهل والغلط فى الوقائع.

المبحث الثانى : الصفة الإرادية للامتناع فى الشريعة .

المطلب الأول : مدلول القصد الجنائى أو قصد العصيان فى الشريعة .

المطلب الثانى : الفرق بين القصد والعصيان .

المطلب الثالث : مرحلتا التفكير والتصميم فى الشريعة .

المطلب الرابع : أثر الجهل والخطأ على القصد الجنائى .

المبحث الأول
الصفة الإرادية للامتناع فى القانون

المطلب الأول
مدلول القصد الجنائى

تمهيد :

ما من دعوى جنائية إلا وتثور فيها مشكلات بإثبات القصد الجنائى، سواء بتوافر عناصره أو انتفاء عناصره، ويستنبط ذلك القاضى الجنائى وذلك من خلال مراحل التحقيق فى الدعوى المعروضة أمامه .

تعريف القصد الجنائى :

لم يضع المشرع فى قانون العقوبات تعريفاً للقصد الجنائى، تاركاً هذه المهمة للفقه والقضاء، وإن كان ينص صراحة على لزوم توافره بالنسبة لبعض الجرائم، مثل المواد التى تنص على القتل العمد والحريق العمد ، ويسلم القضاء والفقه فى مجموعهما بأن القصد الجنائى يتكون من عنصرين هما العلم والإرادة[1] .

وقد عرف الفقه بأنه "القصد الجنائى بأنه علم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو قبولها[2]" . هذا التعريف يشمل عنصران للقصد الجنائى هما : العلم والإرادة، إلا أن أهمية الإرادة تغلب أهمية العلم، لأن الإرادة هى جوهر القصد .

وللإرادة أهمية فى النظرية العامة للجريمة لما لها من سيطرة على فعل الجانى فى جميع مراحله، ومن ثم كان تعريف الفعل الإيجابى بأنه حركة عضوية إرادية للجانى، بينما الامتناع إحجام الجانى عن ارتكاب فعل فرضه القانون فى ظروف معينة مع قدرته عليه . والعلم هو الذى يسبغ على الإرادة الصفة الجنائية، بحيث يتكون من مجموعهما - العلم والإرادة - القصد الجنائى .

الفرع الأول
العلم كعنصر فى القصد الجنائى

لم يحدد المشرع المصرى معنى العلم أو نظامه، ومن ثم لجأ الفقه والقضاء إلى القواعد العامة فى القصد الجنائى لبيان الوقائع التى يتعين إحاطة العلم بها، وبيان أنواع الجهل والغلط. وجوهر هذه القواعد العام هو العلم بكل الوقائع، لأن مضمون القصد الجنائى وجوهره اتجاه الإرادة الواعية فى كل عناصر الجريمة وإتمام نتيجتها، أى أن القصد يشمل علم موضوع الحق المعتدى عليه بالفعل المجرم، وخطورة هذا الفعل والآثار الخطيرة المترتبة عليه، وتوقع النتيجة الإجرامية المحدثة لذلك الفعل بمكان ارتكاب الفعل، وأيضاً بزمن ارتكاب الفعل. وقد يشمل علم الجانى بصفات يتطلبها القانون فيه، وصفات فى المجنى عليه، كما فى جريمة الإهانة على موظف عام بسبب وأثناء خدمته العمومية.

موضع العلم إذن ينحصر فى العناصر المادية التى تتكون منها الجريمة قانوناً، ويقتضى تحديد هذه العناصر الرجوع إلى النموذج القانونى لكل جريمة على حدة . والتأكد من علم الجانى[3] .

وهذا المبدأ - وهو مبدأ شمول العلم للوقائع - ليس مطلقاً، فهناك بعض الوقائع يسأل عنها أو أن يتطلب القانون

---

(1) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق ، ص ٢٨٣ وهامش رقم ١ .
(2) د. محمود نجيب حسنى : النظرية العامة للقصد الجنائى ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٧٨ ، ص٥٠.
(3) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، ص ٢٨٥.

علمه، وهذه الوقائع صنفها الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى إلى مجموعات أربع[1]: وقائع تقوم بها الاهلية الجنائيه، فلا يعد مرتكب الفعل أهلاً للمساءلة الجنائية إلا إذا كانت إرادته مميزة مدركة، وتكون كذلك إذا بلغ سناً معينه وانتفت موانع المسئولية.

والوقائع التى تعد شروطاً موضعية للعقاب ... فهناك بعض الوقائع يقرر لها عقاب بمجرد اكتمال أركانها، ولا ينظر إلى علم مرتكب الواقعة، وذلك نظراً لخطورة الفعل الذى جعله محلاً للعقاب، مثل المادة الثانية من قانون العقوبات التى تعاقب المصرى الذى يرتكب خارج القطر فعلاً يعد جناية أو جنحة بمقتضى قانون ذلك البلد، وذلك إذا عاد إلى مصر ، فيسأل الجانى إذا توافر هذان الشرطان: العودة إلى مصر، وكون الفعل معاقباً فى قانون ذلك البلد، ولو لم يحط علمه بالوقائع التى تُعد شروطاً موضوعية للعقاب .

والوقائع التى تحدد جسامة النتيجة ... مثل الظروف المشددة المحيطة بالفعل، والتى أدت إلى جسامة النتيجة المترتبة على فعل الجانى، مثل جريمة الضرب المفضى إلى موت أو تخلف عنه عاهة مستديمة، وجريمة تعريض طفل لم يبلغ سنه سبع سنين كاملة للخطر، ونتج عنه انفصال عضو أو فقد منفعته، وكذا جريمة تعذيب الموظف العام لمتهم لحمله على اعتراف وأفضى التعذيب إلى الموت .

والوقائع التى يعتبرها القانون ظروفاً مشددة لا تغير من وصف الجريمة، مثل الظروف المشددة بطبيعة شخص خالص، ولا تعتبر من وصف الجريمة، وإنما تقتصر على تشديد العقاب، وينتج هذا الظرف أثره دون اشتراط علم الجانى التشديد هى زيادة الخطورة الكامنة فى شخصية الجانى مثال ذلك جرائم العود .

الفرع الثانى
الإرادة كعنصر فى القصد الجنائى

تعتبر الإرادة العنصر الثانى للقصد الجنائى ، وهى عبارة عن قوة نفسية أو نشاط نفسى يوجه كل أعضاء الجسم أو بعضها نحو تحقيق غرض غير مشروع، أى نحو المساس بحق أو مصلحة يحميها القانون الجنائى . وبعبارة أخرى فإن الإرادة هى المحرك نحو اتخاذ السلوك الإجرامى "سلبياً كان هذا السلوك أم إيجابياً" بالنسبة للجرائم ذات السلوك المجرد أو المحض، وهى المحرك نحو تحقيق النتيجة، بالإضافة إلى السلوك الإجرامى بالنسبة للجرائم ذات النتيجة[2] .

والإرادة ملكه ذهنية أودعها الله فى الإنسان، وبواسطتها يقود الإنسان نفسه إزاء العالم المحيط به ويؤثر بها على ما حوله من أشخاص وأشياء فهى ذات طبيعة مسيطرة وموجهه[3].

فالإرادة إذن نشاط نفسى يتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة وهى المحرك لأنواع من السلوك ذات طبيعة مادية تحدث فى العالم الخارجى من الآثار المادية ما يستتبع به الإنسان حاجاته المتعددة[4].

ومن ثم ففكرة الإرادة كما تستوعب الأفعال المشروعة تستوعب أيضاً الأفعال غير المشروعة، والخلاف بينهما فى التكييف القانونى، كما لا يقتصر دور الإرادة على المراحل الأولية للتصرفات الإنسانية، بل يمتد شاملاً المراحل التنفيذية وصولا لإشباع حاجته وبلوغ غايته، فأهم ما يميزها السيطرة والتوجيه على جميع مراحل الوسائل حتى بلوغ الهدف .

هذا هو معنى الإرادة بمعنى عام وشامل، ولكن للإرادة لها أهميه خاصة فى مجال القانون الجنائى بصفة عامة.

---

(1) د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق ، ص ٨١.
(2) د. فتوح الشاذلى : المرجع السابق ، ص ٢٩٢.
(3) د. إبراهيم عطا شعبان : المرجع السابق ، ص ٢٨٧.
(4) د. محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ، ص ٢٠٠.

أهمية الإرادة فى المجال الجنائى :

أهمية الإرادة ترجع إلى اهتمام الشارع بها، فلا يهتم بشأن الأفعال غير الإرادية إلا قليلاً . فمن المعروف أن تلك الأفعال غير الإرادية لا تعنى القانون وإن أصابت المجتمع بأضرار فادحة . فالإرادة عنصر فى السلوك الإجرامى، وتمتد لتشمل الكيان القانونى للجريمة كلها، ولها دور أيضاً فى التمييز بين الجرائم العمدية وغير العمدية، وفى التمييز بين مجالى القصد المباشر والاحتمالى . فالقاعدة أن القصد الجنائى يرتبط بالغرض لا بالباعث أو الغاية .

علاقة الإرادة بالغرض والغاية والباعث :

الغرض هو الهدف القريب من الإرادة، وهو النتيجة التى يحددها القانون بصدد جريمة معينة، فمثلاً الاستيلاء على مال منقول للغير فى جريمة السرقة . فالإرادة اتجهت إلى فعل الاستيلاء على المال المملوك للغير بنية تملكه ، وهو القصد الجنائى أى غاية الفعل، وبمعنى آخر الغرض والاستيلاء هدف قريب من الإرادة، والغاية (نية التملك) هدف آخر للإرادة .

والباعث هو الدافع لإشباع الغاية أو نشاط نفسى يتعلق بالغاية .

الفرق بين الرغبة والإرادة :

الرغبة تعنى الاشتهاء مجرداً[1] بينما الإرادة نشاط نفسى واع يتجه نحو غرض معين ويسيطر على الحركات العضوية ويدفعها إلى بلوغ هذا الغرض .

الإرادة فى الجرائم العمدية وغير العمدية :

فكرة الإرادة واجبة فى الجرائم العمدية وغير العمدية والخلاف بينهما فى كيفية اتجاه الإرادة ، فالفعل الإرادى فى الجرائم العمدية صادر من إرادة مسيطرة عليه، تجاه غرض يتجه إليه وغاية يستهدفها وباعث دافع إليه .

بينما فى الجرائم غير لاعمدية الغرض الذى اتجه إليه النشاط الإرادى لم يكن غرضاً غير مشروع، بمعنى أن النتيجة التى حدثت، وتمثلت فى الاعتداء على الحق الذى يحميه القانون، لم تتجه الإرادة إلى تحقيقه. فمثلاً من أطلق النار على حيوان قاصداً إصابته فأصاب شخصاً توافر لديه النشاط الإرادى وتخلفت النتيجة غير العمدية .

المطلب الثانى
موضع الإرادة

بعد أن بينا ماهية الإرادة وأهميتها فى مجال القانون الجنائى، وعلاقة الإرادة بالغرض والغاية والباعث، والفرق بينها وبين الرغبة، وتمييزها بين الجرائم العمدية وغير العمدية بصفة عامة، فضلاً عن دورها فى المسئولية الإجرامية لربطها بين الكيان القانونى للجريمة ومرتكب الفعل، فهى شرط جوهرى فى جميع الجرائم عمدية كانت أم غير عمدية .

وقد اختلف الفقه حول موضع الإرادة بين ركنا الجريمة، فقد ذهب رأى قائل بأن الإرادة تتوزع بين ركنى الجريمة المادى والمعنوى، ورأى آخر قائل بأن الإرادة عنصر متميز فى الركن المادى للجريمة. وفيما سبق بينا الإرادة كمفهوم عام، وسوف نحاول إنزال ذلك المفهوم على جرائم الامتناع لأنها محل بحثنا .

---

(1) د. محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ، ص ٢٠٨.

الفرع الأول
الرأى الأول : الإرادة بين ركنى الجريمة

هذا الاتجاه يقوم على أساس أن لكل جريمة ركنى مادى وآخر معنوى، ويتوزع النشاط الذهنى بينهما[1]، بمعنى أن الإرادة تدخل عنصراً فى الركن المادى، ثم هى جوهر القصد الجنائى أو الركن المعنوى للجريمة ، وسوف نبين مكان الإرادة فى الركن المادى .

الإرادة كعنصر متميز فى الركن المادى :

الأصل أن الركن المادى عبارة عن سلوك أو فعل إيجابى أو امتناع ... وبعين النظر والتحليل نجد أن هناك عناصر نفسية تدخل ضمن هذا الركن المادى، وتستقل عن العناصر النفسية المكونة للركن المعنوى .

فإرادة الركن المادى تسمى إرادية السلوك، بمعنى أن مصدر هذا السلوك وخروجه إلى حيز العالم الخارجى هو الإرادة، وتتميز عن الركن المعنوى ذاته الذى يرمز إلى نفسية وشخصية الجانى، ولا ينبغى الخلط بين إرادة السلوك بوصفها عنصراً فى الركن المعنوى وبين إرادية السلوك بوصفه عنصراً فى الركن المادى سواء كان فعلاً أو امتناعاً ... ولتوضيح ذلك نفترض أن شخصاً ما أراد حاجة فإنه يفكر فى الوسائل التى تمكنه من بلوغ تلك الحاجة، وعندما يختار إحدى الوسائل فيهب للعمل وينفذ ما استقر عليه ذهنياً وفكرياً فالإرادة هنا تصدر أوامرها للعضلات الجسمية بالتحرك، وتستمر هذه الإرادة فى هيمنتها وسيطرتها على الحركات العضلية حتى تبلغ غايتها .

فالمرحلة الأولى هى مرحلة النية، وهى التى تدخل فى الركن المعنوى، ومرحلة التحكم والسيطرة على الحركات العضلية وتنظيمها تدخل فى الركن المادى فى المرحلة الثانية .

إلا أن هذا الرأى قد وجه إليه النقد :

لأنه مفهوم ضيق للإرادة، حيث يستبعد من نطاق القانون الجنائى الأفعال اللاإرادية أو التلقائية التى يأتيها الشخص من غير إرادة أو قصد بطريقة فطرية، وأيضاً حالات السهو والنسيان تخرج من إطار القانون الجنائى طبقاً لهذا المفهوم.
ومن جانبنا نرى : أن هذا النقد مردود عليه بأنه فيما يتعلق بالأعمال اللاإرادية أو التلقائية نجد أن الشخص لم يرد النتيجة، وأن محل النظر حينئذ هو ذلك النشاط أو السلوك بوصفه عنصراً فى الركن المادى، وإرادة السلوك بوصفها عنصراً فى الركن المعنوى، فمثلاً الشخص الذى يقوم بتنظيف سلاحه ولا يدرى أن سلاحه به ذخيرة فيأتى بحركة إرادية وهى الضغط على الزناد فيطلق عياراً يتسبب فى موت آخر، فهذا الفعل به إرادة ولا يمكن إغفالها، ومن ثم لا ينبغى التركيز على الحلقة الأخيرة فقط من سلسلة النشاط المادى.

الإرادة كعنصر متميز فى الإحجام (الركن المادى للامتناع) :

للإرادة فى الإحجام دوران ، الأول سببى يقتضى أن تكون الإرادة هى مصدر الامتناع، وهذا يقتضى توافر علاقة السببية بين الإرادة والسلوك السلبى للممتنع، والدور الثانى توجيهى وهى سيطرة الإرادة على جميع مراحل الامتناع[2].

وعلى هذا - ووفقاً للرأى السائد - لزم أن يكون الامتناع إرادياً فى كل جرائم الامتناع العمدية وغير العمدية ذات النتيجة والمجردة . إلا أن البعض قد وجه نقداً لهذا الرأى الأخير، مفاده أن الامتناع يعتبر إرادياً إذا سبقه إصرار على عدم إتيان الفعل، وإذا سبقه سهواً ونسيان لا يعتبر الامتناع إرادياً.

وفى الحقيقة أن هذه المسألة راجعة إلى عدم فهم حقيقة الامتناع، فإذا ما علمنا أن الواجب القانونى - وهو عنصر من عناصر الامتناع - يحدد لحظة معينة لإتيان الفعل، فيزول اللبس حينئذ ، لأنه يمكن التحقق من الصفة الإرادية للامتناع

---

(1) د. إبراهيم عطا شعبان : المرجع السابق ، ص ٢٩٢.
(2) د. إبراهيم عطا شعبان : المرجع السابق ، ص ٢٩٧ هامش رقم ٢.

خلال لحظة وجوب إتيان الفعل الإيجابي، فإذا كان الممتنع ساكناً وغير مكره على هذا السكون اعتبر امتناعه إرادياً لأنه ليس هناك من يمنعه من ذلك، ومن ثم بإنزال ما سبق على حالات السهو والنسيان نجد سهولة التحقق من الصفة الإرادية للامتناع.

فمثلاً الجراح الذى ترك سهواً لفافة من القطن فى بطن المريض نجد أنه قام بعمل إرادى فى إجراء العملية ، وليس فى ترك اللفافة القطنية، وإلا سنكون أمام قتل عمد . فهذا الواجب القانونى الذى قام به هو تحديد لحظة الإرادة، ومن ثم يفرق هذا بين حالات الامتناع الراجعة إلى السهو والنسيان، وحالات الامتناع الراجعة إلى إرادية السلوك .

الإرادة جوهر وأساس الركن المعنوى لجريمة الامتناع :

يعنى انصراف الإرادة إلى النتيجة المترتبة على السلوك ، بعكس الإرادة فى الركن المادى التى تنصرف إلى السلوك والسيطرة على تحركات العضلات الجسمية والتوجيه لها فى اتجاه الغاية، بينما الإرادة هنا تنصرف إلى ابتغاء تحقيق النتيجة . فالإرادة هنا تعنى القصد لتحقيق غرض بوسيلة معينة . وعلى ذلك فانصراف الإرادة إلى الفعل المادى دون الغرض لا يكفى لتوافر القصد الجنائى، لأن القصد يعنى الإرادة، وقد اتجهت إلى الغرض، وفى الوقت ذاته إلى الفعل باعتباره وسيلة لبلوغ الغرض[1].

الفرع الثانى

الرأى الثانى : إدخال الإرادة فى الركن المادى كلياً (النظرية الغائية) :

أصحاب هذا الرأى هم أنصار النظرية الغائية[2] ويقصد بها اتجاه إرادى إلى غاية معينه عبر عنه صاحبه بسلوك خارجى، ويفترض الفعل تحديد الفاعل غاية معينة ووسيلة إلى بلوغها، وتوقعه النتائج الثانوية المرتبطة بهذه الوسيلة، ثم تنفيذه خطته فى عالم الماديات بإتيانه السلوك الذى تتمثل فيه الوسيلة إلى تحقيق غايته .

وطبقاً لذلك فالسلوك لا ينفصل فى مضمونه الغائى عن غاية محققة، أى أن الإرادة ومضمونها هى جوهر السلوك، يحدد سماته المميزة، ونتيجة ذلك يكون القصد الجنائى عنصراً فى السلوك ذاته، أى عنصراً فى الركن المادى .

نقد هذه النظرية :

هذه النظرية تنكر على أركان الجريمة استقلالها، وتخلط بين أركانها، على الرغم من أن الجريمة كيان قانونى تمتزج عناصره وتقوم فيما بينها صلة وثيقة ، إلا أن الدقة والتحليل يتطلبان التمييز بين أركان الجريمة واستقلال كل ركن بطبيعته، كما تصادف النظرية الغائية صعوبة فى تطبيقها على الجرائم غير العمدية، فإن أهم ما يميز الجرائم العمدية هو الاتجاه الإرادى إلى النية الإجرامية، وهذا العنصر - وهو الاتجاه الإرادى لتحقيق النتيجة الإجرامية - لا يتحقق فى الجرائم غير العمدية .

خلاصة القول :

إرادية السلوك عنصر لازم فى جميع أنماط السلوك البشرى الذى يعتد به قانوناً[3] ، وتأسيساً على ذلك فللإرادة دور فى ركنها المادى والمعنوى معاً، ولا يطغى دور كل منهما على الآخر، فكما أن الركن المعنوى جوهره الإرادة فلا قصد جنائى بدون إرادة، ولا خطأ غير عمدى بدون إرادة، فالصحيح أن الإرادة تتوزع بين ركنى الجريمة المادى

(1) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٣٠١ وهامش رقم ٢ ، ٣ ، ٤ .
(2) د. مأمون سلامة: النظرية الغائية للسلوك فى القانون الجنائى ، بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية مارس سنة ١٩٦٩
(3) د. رؤوف عبيد : جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ط ١٩٧٨ ، ص ١٦٨ .

والمعنوى[1].

المطلب الثالث

القصد الجنائى كمعيار للتفرقة بين جرائم الامتناع

<u>تمهيد :</u>

بعد أن بينا عنصرى القصد الجنائى القائم على العلم والإرادة، والاهتمام الأكبر بنظرية الإرادة فى نظرية القصد مع عدم إغفال أهمية العلم .

وسوف نبين - وفق ما وضحناه - من عنصرى القصد الجنائى فى جرائم الامتناع بنوعيها: الامتناع ذات النتيجة والامتناع المجرد فى فرعين :

الفرع الأول

القصد الجنائى فى جرائم الامتناع ذات النتيجة

القصد الجنائى بمعناه العام علم بعناصر الجريمة، بالإضافة إلى إرادة متجهة إلى تحقيق تلك العناصر، أو قبولها على الأقل، ومن ثم سوف نبين كل عنصر على حده فى جرائم الامتناع ذات النتيجة .

<u>أولاً: العلم كعنصر للقصد الجنائى فى جرائم الامتناع ذات النتيجة :</u>

العلم المقصود هنا هو علم بعناصر الجريمة الأساسية، فهو شرط سابق للإرادة فى تحقيق نتائج الجريمة ، ويكون التوضيح على النحو التالى :

<u>١ـ العلم بالواجب القانونى</u> :

الواجب القانونى أحد عناصر جريمة الامتناع، بل إنه الركن المفترض ، ومن ثم يتعين علم الممتنع به حتى يمكن القول بتوافر القصد الجنائى لديه، ومن ثم انعقاد المسئولية الجنائية . وفى إطار ذلك ينبغى التمييز بين حالتين :

الأول : الواجب القانونى المنشئ عن قاعدة جنائية. ويستوى فى هذه الحالة العلم وعدم العلم بأحكام القانون، ولا ينفى عدم العلم القصد الجنائى، مع ملاحظة أن المقصود قانون العقوبات والقوانين الأخرى المكملة له . إذن الفقه والقضاء مجمعان على وجود الكثير من القواعد التى مع نسبتها إلى القانون الخاص والإدارى والإجراءات تعتبر ضرورة بالنسبة لقانون العقوبات، وبالتالى تعتبر مكملة له وجزءاً منه[2] .

الثانية : الواجب المنشئ عن قاعدة غير جنائية :

حيث هناك واجبات قانونية مصدرها العقد أو العرف أو الأحكام القضائية فيأخذ حكم العلم بالوقائع . ويتعين علم الممتنع بهذه الواجبات ليتوافر القصد الجنائى . مثال ذلك : الحارس الخصوصى المعين لحراسة شركة، فنما إلى علمه أن لصوصاً سيسرقون الشركة، ولكنه امتنع عن الحراسة اعتقاداً منه أن عقده قد انتهى، فإن هذا الاعتقاد متى كان هناك ما يؤكده ينفى القصد الجنائى لديه[3].

أـ <u>علم الممتنع بموضوع الحق المعتدى عليه</u> :

يتعين علم الممتنع بموضوع الحق المعتدى عليه، أو تلك المصلحة التى يحميها المشرع، وإلا فينتفى القصد الجنائى ، فمثلاً المريض الذى نقل إلى المستشفى فى حالة إغماء واعتقد الطبيب أنه فارق الحياة على غير الحقيقة، ومن ثم فامتنع

---

(1) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٣٠٥ .

(2) د. مأمون سلامة : القسم العام ، مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٩١ ، ص ٣٥٥ .

(3) د. مأمون سلامة : جرائم الارتكاب بالامتناع (رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة روما يوليو سنة ١٩٦٢) ص ٣٥٥ .

عن إسعافه لعدم الجدوى، لا يتوافر فيه القصد الجنائى وإن توافر فى حقه الخطأ المهنى أو الطبى[1] .

ب- علم الممتنع بالصفات التى يتطلبها القانون :

قد يتطلب المشرع فيمن يرتكب جريمة أن يتصف فعله بحالة قانونية (صفة مثلاً) فإن جهلها لا يتوافر القصد الجنائى عنده .

مثال ذلك جناية تزوير الموظف العمومى فى محرر رسمى بطريق الترك . فإن الصفة المطلوبة هى الموظف العمومى، ولا يكفى مجرد تغيير الحقيقة عن طريق الترك . فإن انتفى علمه بهذه الصفة ولا يعلم بأنه قد صدر قرار بتعيينه فى الوظيفة وقت تغييره للحقيقة ، فإنه لا يعد مرتكباً لجريمة التزوير تبعاً لنص م (٢١١) من ق.ع بل مرتكباً لجريمة تزوير فى محرر رسمى من شخص عادى م (٢١٢) ق.ع. وكذلك الحال فى جريمة هروب المحبوسين نص م (١٤٠) ق.ع، فلا يعاقب إلا من كان مكلفاً بالحراسة وعالماً بذلك . فعدم علمه بالواجب الملقى على عاتقه ينفى لديه القصد الجنائى المتطلب لهذه الجريمة .

وبمعنى آخر يتعين علمه بأن إحجامه عن الواجب الذى يتعين عليه إتيانه فى تلك الظروف المعنية - التى يفترضها الشارع - فيه تهديد وخطورة على المصلحة العامة ، ويكتفى بذلك بصفة عامة، ولا يتطلب العلم بالتفاصيل، فمن امتنع عن إتيان بعض البيانات الخاصة به فى محرر رسمى معتقداً أن ذلك من حقوقه الشخصية التى لا يجوز الإطلاع عليها ينتفى القصد الجنائى لديه، خاصة فيما يتطلبه جرائم التزوير ، وإن جاز مساءلته عن الخطأ غير العمدى .

جـ- علم الممتنع بزمن ارتكاب الجريمة :

يتعين علم الممتنع بأن الإحجام الذى أقدم عليه فى زمن معين اعتبره الشارع مُجرماً، فمثلاً فى زمن الحرب يعاقب الممتنع إذا أخل عمداً بتنفيذ بعض الالتزامات التى يفرضها عقد التوريد أو الأشغال طبقاً لنص (م ٨١ ع مصرى).

د- علم الممتنع بمكان ارتكاب الجريمة :

الأصل أن علم الممتنع لا يشترط فيه إحاطته بمكان ارتكاب الامتناع، لأن الأصل هو خطورة السلوك ذاته سواء كان امتناعاً أو إيجابياً على الحق الذى يحميه القانون. واستثناءً من ذلك فقد نص المشرع على مكان ارتكاب الجريمة فى المادة م (٢٨٥) ع مصرى، فى جريمة تعريض طفل لم يبلغ سنه سبع سنوات للخطر بتركه فى مكان (محل) خال من الآدميين، فهذا نموذج قانونى لجريمة يتطلب العلم بمكان الارتكاب .

هـ- علم الممتنع بالصفات التى يتطلبها القانون :

كما فى صفة القاضى الذى يمتنع عن الفصل فى الدعوى، وصفه الشاهد الذى يمتنع عن الحضور للشهادة أما القاضى ، وصفة الموظف العام فى جريمة التزوير بالترك .

و- توقع النتيجة لعلمه بتوافر علاقة السببية :

فالنتيجة أثر للسلوك، سواء كان امتناعاً أو إيجابياً، فتوقع الجانى حدوث النتيجة إثر سلوكه ضرورى لتوافر القصد الجنائى. فالذى يعرض طفلاً لم يبلغ عمره سبع سنوات للخطر بتركه فى محل خال من الآدميين لابد وأن يتوقع أن ينتج من ذلك وفاته أو فقد عضو من أعضائه أو إيذاؤه، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض [2] لا نزاع فى أن تعجيز شخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً، أو تركه فى مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة بنية القتل، يعتبر قتلاً عمداً متى كانت

---

(1) د. إبراهيم عطا شعبان : المرجع السابق، ص ٣١٦ وهامش رقم ٤.

(2) د. جلال ثروت : نظم القسم العام فى قانون العقوبات، ص ١٧٨.

الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال . فالنتيجة التى يجب أن يتوقعها الجانى هى الوصف القانونى لها .

وقائع لا يتطلب القانون العلم بها :

فيسأل الجانى عنها ولا يعتد بعدم علمه بهذه الوقائع، مثل عناصر الأهلية الجنائية وشروط العقاب والظروف المشددة التى تتعلق بجسامة النتيجة الإجرامية والظروف المشددة التى لا تغير من وصف الجريمة[1].

ثانياً: الإرادة كعنصر فى القصد الجنائى فى جرائم الامتناع ذات النتيجة :

إرادية سلوك الممتنع المتجه إلى النتيجة المترتبة على امتناعه هو المطلوب توافرها فى القصد الجنائى فى تلك الجرائم .

فإرادة النتيجة هى العنصر الثانى - بعد العلم - لتوافر القصد الجنائى فى جرائم الامتناع ذات النتيجة .

ومما لا شك فيه أن الإرادة تتحقق متى كان سلوك الممتنع قد اتخذ النتيجة غرضاً مباشراً لتحقيقها ، وهذا ما يسمى بالقصد المباشر، وهناك أيضاً القصد الاحتمالى .

والقصد المباشر: هو الصورة الواضحة لاتجاه إرادة السلوك إلى تحقيق النتيجة مباشرة، فالإرادة سيطرة وموجهة لسلوك الممتنع وصولاً إلى تحقيق النتيجة .

القصد الاحتمالى :

ويتوافر هذا القصد إذا توقع الجانى النتيجة توقعاً فعلياً وقبلها، ويمضى فى نشاطه على هذا الأساس[2] ، وقد أشارت إليه محكمة النقض بقولها (ذلك القصد الذى حكمه فى الجرائم العمدية أنه يساوى القصد الأصيل، ويقوم مقامه فى تكوين العمد[3] ... وتطبيقاً لذلك يمكن توافر القصد الاحتمالى فى جرائم الامتناع ذات النتيجة ، فمثلاً الشخص الذى صدم شخصاً بسيارته ونكل عن مساعدته مع استطاعته ذلك يسأل عن جريمة عمدية بالامتناع لوفاة المجنى عليه لتوافر الواجب القانونى عليه .

ونخلص مما سبق أن القصد الجنائى المباشر والاحتمالى يتساويان فى جرائم الامتناع ذات النتيجة، كما يتوافران فى الجرائم الإيجابية .

الفرع الثانى
القصد الجنائى فى جرائم الامتناع المجرد

جرائم الامتناع المجرد لها طبيعة خاصة راجعة إلى خلوها من النتيجة الإجرامية، حيث النموذج الجنائى لها هو مخالفة الواجب القانونى فى الظروف المعينة - التى افترضها الشارع - مع قدرته على ذلك، ولم يعط له أهمية للنتيجة الإجرامية .

وبمعنى آخر جرائم الامتناع المجرد قائمة فقط على تجريم الركن المادى فقط . إلا أن هذا يتعارض مع المبدأ الأساسى فى التشريع الجنائى "لا جريمة بغير ركن معنوى"[4].

---

(1) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق ، ص ٣٢٥ .
(2) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ص ٣٩٨.
(3) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة س١١ رقم ٤٢١ ص ٨٠٨ مجموعة القواعد القانونية ج٢ رقم ١٣٥ ص ١٦٨.
(4) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٧٣١ ، د. فاروق سلامة: المرجع السابق ، ص ٢٤٢.

وقد ذهب رأى[1] إلى القول بامتزاج القصد الجنائى بإرادية السلوك، أى مختلط بالإرادة المنصرفة إلى النشاط المادى (الإحجام) ولا يستقل القصد الجنائى بضرورة عن محض إرادة النشاط .

جوهر المشكلة :

جوهر المشكلة تكمن فى التصور الخاطئ للقصد الجنائى والخلط مع إرادية الامتناع.

فعن المشكلة الأولى :

التصور الخاطئ للقصد الجنائى يفترض إرادة النتيجة ، ومع ذلك فهذه الجرائم لا نتيجة لها ، وإذا ما افترضنا أن القصد الجنائى ينصرف إلى إرادة النشاط فقط، يترتب على ذلك اعتبار جميع الجرائم عمدية .

ومن جانبنا نرى :

أن القصد الجنائى ينصرف إلى تحقيق الواقعة الواردة طبقاً للنموذج القانونى للجريمة ومن ثم ففكرة القصد الجنائى أعم من إرادة النتيجة وحدها ، والقول بذلك يؤدى إلى إنقاص دور الإرادة فى تحقيق جميع عناصر الجريمة من نشاط ونتيجة ، فالنتيجة وإن وجدت فهى عنصر من عناصر الجريمة، ومن الجرائم ما يقع بالسلوك وحده ولا يتطلب إرادة النتيجة وإنما تكون لازمة فى الجرائم العمدية فقط .

وعن المشكلة الثانية :

فاختلاط القصد الجنائى مع إرادة الامتناع يمكن الفصل بينهما بالرجوع إلى تحليل الامتناع، والذى يقوم على الامتناع استناداً على واجب قانونى ملزم، ويرتب الآثار القانونية على مخالفة ذلك الواجب القانونى ، ومن ثم فإرادة الامتناع تنصرف إلى الإحجام عن الإتيان بالواجب القانونى الملزم فى الظروف المعينة مع القدرة عليه ، وبمعنى آخر إرادية الامتناع شرط لتوافر الركن المادى فى جميع الجرائم ومنها جريمة الامتناع المجرد[2] ، وإذا انتفت انتفى الركن المادى.

وتأسيساً على ذلك فإن إرادية الامتناع ليست شرطاً لتوافر القصد الجنائى. فقد لا يتوافر القصد الجنائى رغم توافر إرادية الامتناع .

خلاصة القول :

القصد الجنائى ينصرف إلى إرادة الواقعة الإجرامية الشاملة للامتناع باعتباره مخالفاً للنموذج القانونى للقاعدة القانونية .... وينبغى عدم الخلط بين الإرادة كعنصر فى الامتناع ذاته والإرادة كعنصر فى القصد الجنائى ، وإن كانت الإرادة مُتطلبة فى السلوك فى جميع الجرائم، عمدية وغير عمدية . وبعكس الإرادة كعنصر فى القصد الجنائى فهى مطلوبة فقط فى الجرائم العمدية لأنها تعكس إرادة النتيجة ، بينما فى الجرائم غير العمدية ذات الامتناع المجرد فتنصرف إلى إرادة تحقيق الواقعة الإجرامية طبقاً للنموذج الإجرامى الخاص بها، ومن ثم فهى تقبل فكرة القصد الجنائى ولا ترفضه، ولكن بالتوضيح السابق .

المطلب الرابع
أثر الجهل والغلط فى توافر القصد الجنائى

تمهيد :

---

(1) د. على راشد: المرجع السابق ، ص ٣٩٦ ، د. مصطفى السعيد ، ص ٣٨٨.

(2) د. رفعت الشاذلى : المرجع السابق، ص ٢٩١.

الجهل بالشيء هو التخلف الكامل للعلم به، والغلط فيه هو التصور غير الصحيح له أو الفكرة الخاطئة عنه[1]... وقيل بأن الجهل هو عدم الإحاطة بالشئ[2] ، والغلط فيه هو الفهم على صورة تغير الواقع[3] ، كما لا يعتبر النسيان جهلا ولا غلطاً ، والجهل وصف سلبى فى حين يمثل الغلط وصفاً إيجابياً[4].

والقصد الجنائى يقوم على العلم كأحد عناصره، ومن ثم فيرتبط الجهل والغلط بالعلم كأحد عنصرى القصد الجنائى ، وغنى عن البيان أن الجهل قد يكون كلياً أو جزئياً، ويمكن أن يؤدى الجهل والغلط إلى نفس القصد الجنائى إذا أوتى . وقد ينصب الجهل والغلط على القانون الجنائى والقوانين المكملة له، وقد ينصب على الوقائع، وسوف نوضح ذلك فيما يلى :

الفرع الأول
أثر الجهل والغلط فى قانون العقوبات والقوانين المكملة له

من القواعد المستقرة فى القانون المصرى عدم الاعتذار بالجهل بالقانون وقد أكدت محكمة النقض ذات المبدأ بالقول إن العلم بالقانون الجنائى والقوانين المكملة له تفترض فى حق العامة، ومن ثم فلا يقبل الدفع بالجهل أو الغلط كذريعة لنفى القصد الجنائى[5].

إلا أن هذه القاعدة - وهى عدم الاعتذار بالجهل بالقانون - لها بعض الاستثناءات :

<u>استثناءات قاعدة عدم الجهل بالقانون :</u>

١- استحالة العلم بالقانون ، وهى الاستحالة المطلقة كنتيجة حتمية لقوة قاهرة منعت وصول رسائل العلم بالقانون مهما بُذل من حرص وعناية، إذ لا تكليف بمستحيل، ومن ثم يجوز الاحتجاج باعتذار بالجهل بالقانون حيث يستحيل العلم به، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة[6]. مع ملاحظة أن الجهل لا ينفى الصفة غير المشروعة للفعل المرتكب، وإنما ينفى القصد الجنائى فقط .

٢- الغلط فى قانون غير قانون العقوبات : محكمة النقض اشترطت لقبول الاعتذار بالجهل بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات أن يقيم المدعى الدليل القاطع على أنه تحرى تحرياً كافياً، وأن اعتقاده الذى اعتقده بأنه يباشر عملاً مشروعاً كانت له أسباب معقولة[7] ، ومفاد ذلك أن الجهل بالتكييف القانونى لواقعة - طبقاً لقانون آخر غير قانون العقوبات، طالما اعتقد الجانى أنه كان يسلك مسلكاً مشروعاً، وأقام الدليل على ذلك - بما يؤدى إلى انتفاء القصد الجنائى لديه.

٣- الغلط المتجرد من الخطأ : بمعنى أن الغلط الذى وقع فيه الجانى لم يكن من خطئه بل من الآخر ، فلديه المبرر لذلك، كمن تلقى تأكيدات من موظف عام بأن ما فعله هو مشروع، فالغلط حالة نفسية قائمة على اعتقاد الجانى أن ما أتاه مشروعاً . والفرق بينه وبين استحالة العلم بالقانون يرجع إلى القوة القاهرة، وهى لا تستطيع الإرادة مقاومتها أو توقعها، وأن اتفقا معاً فى عدم التوقع.

---

(1) د . عبد الرؤوف مهدى: المرجع السابق ، ص ٣٠٩.
(2) د. محمد محى الدين عوض: القانون الجنائى ومبادئه الأساسية ، ص ٣٩٣.
(3) د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام ، ص ٢٨٥.
(4) د. محمد عبيد غريب: ص ٦٢٠.
(5) ٨٥/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ٣٦ ق ٧٨ ، ص ٤٦٠.
(6) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق ، ص ٢٨٨ .
(7) نقض ١٩٨٦/١١/٢٠ مجموعة أحكام النقض س ٣٧ ق ١٧٦ ص ٩٢٤.

الفرع الثانى
أثر الجهل أو الغلط بالوقائع

والجهل أو الغلط بالوقائع هنا ينبغى أن يكون جوهرياً بالوقائع، ومعيار التمييز لذلك هو الواقعة التى انصب عليها الغلط، والتى تدخل فى العناصر المكونة للجريمة[1].

فمثلاً فى حالة تطبيق م ٩٨ من ق . ع مصرى، إذا علم شخص بمشروع جريمة يمس أمن الدولة فعليه الإبلاغ إلى الجهة المختصة ، فإذا ما أبلغ جهة أخرى غير مختصة معتقداً خطأً أنها المختصة ، فإن ذلك الغلط يعتبر جوهرياً ينفى القصد الجنائى للجانى .

الجهل أو الغلط فى النتيجة :

يعتبر جوهرياً فى حالة اختلاف النتيجتين - الفعلية والمتوقعة - وإذا تساويا فى القيمة فالغلط غير جوهرى[2] .
فمثلاً : من يعتقد أن الذى يغرق حيوان وليس إنساناً مع كونه سباحاً وفى استطاعته الإنقاذ، فإن اعتقاده الخاطئ بالنتيجة ينفى القصد الجنائى لديه.

الغلط فى موضوع النتيجة :

هو الغلط بين موضوعين كل منهما صالح لتحقيق نتيجة إجرامية ، فمثلاً الذى يمنع الطعام عن شخص معتقداً أنه عدو له فمات فإذا هو صديقه، فالغلط هنا فى شخصية المجنى عليه . والمثال الثانى للموظف العام الذى امتنع عن إتيان بعض البيانات الهامة فى محرر رسمى لصديق له، فإذا بالمحرر لشخص آخر، فالغلط هنا فى موضوع النتيجة، ولا أثر له على قيام القصد الجنائى لدى الممتنع. فالغلط هنا غير جوهرى لا يؤثر على قيام القصد الجنائى[3].

الغلط فى أسباب الإباحة :

كأن يتوهم شخص بتوافر سبباً للإباحة لديه على عكس الحقيقة . مثال ذلك أن يتوهم شخصاً أن خطراً ما يهدده فيقتل من يظن أنه مصدر الخطر . والغلط فى الإباحة يعادل -من حيث القيمة القانونية- الغلط فى أركان الجريمة، فكل منهما ينفى القصد الجنائى[4].

فمثلاً إذا ترك مدرب السباحة من عهد إليه تدريبه وامتنع عن إنقاذه من الغرق، لاعتقاده بأنه قد هوجم بغير حق من جانب آخر لمزاح دار بينهما فى الماء . فإن مثل هذا الغلط له قيمته القانونية وينفى القصد الجنائى، وبالتالى يستبعد المسئولية الجنائية العمدية، إذ إنه قد وقع على سبب من أسباب الإباحة، وبالتالى فإنه يؤثر على قيام الواجب القانونى بمنع تحقق النتيجة غير المشروعة[5].

---

(1) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق ، ص ٢٩٠ .
(2) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٣٤٤ وهامش رقم ٣ .
(3) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق ، ص ٢٩١ .
(4) د. محمود نجيب حسنى: النظرية العامة للقصد الجنائى طبعة ١٩٧٨ ، ص ١٠٦ ، ١٠٧ .
(5) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق ، ص ٣٤٦.

المبحث الثانى
الصفة الإرادية للامتناع فى الشريعة

تمهيد :

الصفة الإرادية للامتناع أو القصد الجنائى لا يختلف معناه فى الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية، فقوامه الإرادة المتجهة إلى إحداث النتيجة، فإذا كانت المادة ٢٦ من قانون العقوبات عرفت الجريمة العمدية بأنها تلك التى يقترفها الفاعل وهو عالم بحقيقتها الواقعية وبعناصرها القانونية ، فإن القصد الجنائى فى الشريعة تسمى العصيان .

وسوف ينقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب :

المطلب الأول : مدلول القصد الجنائى أو قصد العصيان فى الشريعة .

المطلب الثانى : الفرق بين القصد والباعث .

المطلب الثالث : مرحلتى التفكير والتصميم فى الشريعة .

المطلب الرابع : أثر الجهل والخطأ على المسئولية الجنائية .

المطلب الأول
مدلول القصد الجنائى أو قصد العصيان فى الشريعة الإسلامية

ومعناه تعمد إتيان الفعل المحرم، أو تركه، مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه[1] ، ويفرق أستاذنا المرحوم عبد القادر عودة بين العصيان وقصد العصيان . فالعصيان هو فعل المعصية، أى إتيان الفعل المحرم أو الامتناع عن الفعل الواجب دون أن يقصد الفاعل العصيان ، فالعصيان عنصر ضرورى يجب توافره فى كل جريمة بسيطة أو جسيمة من جرائم العمد أو الخطأ ، فإذا لم يتوفر عنصر العصيان فى الفعل فهو ليس جريمة . أما قصد العصيان فلا يجب توفره إلا فى الجرائم العمدية فقط وهو اتجاه نية الفاعل إلى الفعل أو الترك مع علمه بأن الفعل أو الترك مُجرم، وبمعنى فعل المعصية بقصد العصيان.

وهذا القصد قد يكون سابقاً للجريمة أو معاصراً لها ، ولا يمكن تشديد العقاب نظير القصد السابق ، بينما نجد فى القوانين الوضعية أن القصد السابق - وهو ما يسمى بسبق الإصرار والترصد - يكون ظرفاً مشدداً فى تغليظ العقوبة كما هو الشأن فى جرائم القتل العمد والجرح والضرب العمد .

بينما منطق الشريعة فى ذلك أكثر سلامة، لأن أساس تقدير العقوبة هو القصد المصاحب للفعل ، بينما تشديد العقاب معناه أن الجزء الزائد فى العقوبة مقابل هذا القصد السابق، وهذا مخالف للشرع[2] لقول النبى ﷺ "إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم"[3].

ويعرف القصد الجنائى بأنه " القصد إلى الفعل مع الرضا بنتائجه وطلبها" . كمن يتجه إلى عدو له شاهراً سيفاً لقتله ، فيتوافر القصد إلى الفعل الذى هو مادة الجريمة، ويتوافر القصد الجنائى بطلب نتائج للضرب بالسيف[4] .

وهذا التعريف والمثال يتفق أن مع تعريف القانون من ناحية الإرادة والعلم كعنصرى القصد الجنائى ، فالقصد إلى الفعل - وهو مادة الجريمة - يقابل الإرادة ، والقصد إلى الفعل - بطلب النتائج الفعل - يقابل العلم بنتائج الفعل .

وأما من ناحية القصد المجرد - والذى لا ينصرف إلى النتائج ويكتفى بمجرد إتمام الفعل - فإن القصد يتحقق

---

(1) أ. عبد القادر عوده: التشريع الجنائى الإسلامى ط١ دار التراث العربى ، ص ٤٠٩ .

(2)د. شريف فوزى: المرجع السابق ، ص ٢٤٧ .

(3) صحيح البخارى ، شرح البارى حديث رقم ٦٢٨٧ ، كتاب الإيمان والنذور .

(4) الجريمة والعقوبة ، الحيرية ، المرجع السابق ، ص ٣٩٢.

بنوعيه الإرادة والعلم بمجرد القيام بالفعل كامتناع القاضى عن الفصل فى الدعوى أو عدم حضور الشاهد للإدلاء بشهادته ، فالشريعة الإسلامية تعاقب على مجرد الفعل أو الامتناع المجرد .

المطلب الثانى

الفرق بين القصد والباعث

الشريعة والقوانين الوضعية تتفق - من حيث المبدأ - على عدم الاعتداد بالباعث واعتباره عنصراً فى القصد الجنائى.

والأصل فى الشريعة أن الباعث لا يؤثر على عقوبات الحدود من قصاص ودية، بينما فى جرائم التعازير فللقاضى الحرية فى اختيار (كم وكيف العقوبة الموقعة وتقريرها حسب الباعث النبيل). فمما لا شك فيه أن صاحب الباعث النبيل أخف عقوبة من صاحب الباعث الخبيث.

ويعد هذا مسلكاً فريداً للشريعة الإسلامية، وذلك فى إطار الحفاظ على الضروريات الخمس، وحماية مصالح الأفراد، والمجتمع وما تحققه العقوبة من ردع وزجر .

المطلب الثالث

مرحلتا التفكير والتصميم فى الشريعة الإسلامية[1]

فرقنا فى الفقرة السابقة ما بين القصد والباعث ، ويبقى الظرف المشدد خاصة فى جنايات النفس والمال والمسمى بسبق الإصرار والترصد، والذى يُستدل منه على تصميم الجانى لارتكاب جريمته، وإتيان الأعمال التحضيرية لجريمته، ونقلها إلى المرحلة التنفيذية .

فالشريعة الإسلامية لا تعاقب على مرحلة التفكير فى ارتكاب الجريمة ولا على التصميم، ما دام الشخص لم يفعل شيئاً، وكذلك لا تعاقب على الأعمال التحضيرية - بصفتها متعلقة بالجريمة المقصودة - ما لم تنفذ .

وإنما يُعاقب على أعمال التحضير إذا ثبت أن هذه الأعمال مقدمات لفعل محرم وإن كانت مباحة فى ذاتها ، وإنما تكتسب وصف التحريم لأن ما يؤدى إلى المحرم حرام .

قال الماوردى (يجب تعزير من يوجد بجوار منزل ومعه مبرد ليستعمله فى فتح الباب ويثبتُ قصده للسرقة، وتعزير من يوجد مترصداً بجوار محل ليسرقه ويترصد لذلك غفوة الحارس) [2] . ويشترط لثبوت قصد السرقة من القرائن أو غير ذلك من طرق الإثبات.

وخلاصة القول ، بالنسبة للأعمال التحضيرية فإنها مباحة، ولكنها تُحرم ويعاقب عليها فى حالتين الأولى إذا كانت محرمة لذاتها، والثانية فى حالة ثبوتها لإعداد مُحرم[3].

وأما التصميم وهو ما يسمى بالغيلة[4] عند فقهاء الشريعة، والمقصود بها الاغتيال أو الخداع بأى وسيلة أو بأى طريقة، فالغيلة سبب لتشديد العقاب فى الجرائم عامة وفى جرائم الحدود خاصة .

وهذا التعميم من جانب الشريعة يعارض القوانين الوضعية، من حيث اهتمامها فقط بفكرة سبق الإصرار على جرائم معينة دون غيرها، مثل جرائم الاعتداء على الحياة (م٢٣٠ ، ٢٣٦ ، ٢٤٠ ، ٢٤٢، ٢٦٥ من قانون العقوبات) .والسؤال

---

(1) د. عبد العزيز عامر: المرجع السابق ، ص ١٢٤ .
(2) الأحكام السلطانية ، ص ٢٠٦ .
(3) د. محمد رشدى إسماعيل: الجنايات فى الشريعة الإسلامية ، دار الأنصار ، طبعة سنة ١٩٨٣ ، ص ٨٧.
(4) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق ، ص ٣١٣ .

الذى يطرح نفسه: هل تنطوى جرائم الامتناع على الغيلة أو سبق الإصرار والتصميم ؟ فالإجابة بالإيجاب ، فمثلاً الذى يقوم باستدراج غريمه ويغريه بالنزول إلى الماء للاستحمام وهو يعلم أنه لا يجيد السباحة فأوشك على الغرق وامتنع عن إنقاذه .

أو من يشاهد غريمه يسير بمفرده وهو أعمى وأمامه على مسافة خطر محدق كحفرة وهذه المسافة بها فترة زمنية كافية لتنبيهه فيمتنع، ويهوى بالحفرة فإذا به يستغيث ولا يغيثه فيقتل، فامتناعه سبب للقتل، وهذا واضح من أمرين: الأول عدم تنبيهه والثانى عدم إغاثته ، وهذا الأمر يكاد يتكرر يومياً، خاصة مع فقد أغطية الصرف الصحى التى تنتشر بالطرقات ، ويستر عدداً من العجزة المسنين وفاقدى البصر، فنجد الإهمال وعدم المبالاة أصبح سمة واضحة، وأصبحت المروءة والشهامة فى تأبين دائم .

هذا عرض موجز لمدلول القصد الجنائى فى الشريعة، والذى يتوافق مع مدلوله القانونى القائم على عنصرى العلم والإرادة، ويتحقق بهما معاً.

المطلب الرابع
أثر الجهل والخطأ على المسئولية فى الشريعة الإسلامية

من المبادئ الأساسية فى الشريعة الإسلامية عدم مؤاخذة الجناة عن الأفعال التى يرتكبونها إلا إذا كانوا عالمين بتجريمها تماماً. على أنه لما كان العلم الحقيقى أمر قد لا يمكن التحقق منه فإنه يكفى إمكان العلم بالتحريم[1] .

ويكفى فى العلم بالتحريم إمكانه ، فمتى كان الإنسان عاقلاً، وكان ميسراً له أن يعلم ما حُرم عليه إما برجوعه للذكر أو لأهل الذكر إن كان لا يعلم ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لا تَعْلَمُونَ﴾[2]، فليس له أن يحتج أو يعتذر بالجهل أو عدم العلم، ومن ثم يقول الفقهاء " لا يقبل فى دار الإسلام العذر بجهل الأحكام" .

هذه هى القاعدة العامة فى الشريعة ولا استثناء لها[3] ، ويلحق الجهل بمعنى النص الحقيقى بالجهل بذات النصوص فالحكم واحد، فمثلاً لو قال شخص إن النص لا يدل على التحريم، وهناك آخر يبيح الفعل المحرم، فإن جهله هذا لا يرفع عنه المسئولية الجنائية .

وتتفق القوانين الوضعية أيضاً مع الشريعة فيما يختص بأثر الجهل بالقانون على المسئولية الجنائية، فالقاعدة أن الإنسان لا يُعذر بجهل القانون، وأن عبارة الجهل تشمل العلم به والخطأ فى فهمه وتفسيره .

وأما أثر الخطأ على المسئولية الجنائية ، فالخطأ وقوع الشيء على غير إرادة فاعلة . فالفاعل فى جرائم الخطأ لا يأتى الفعل عن قصد ولا يريده ، وإنما يقع الفعل منه على غير إرادته وبخلاف قصده ، وفى بعض الأحيان يقصد الجانى فعلاً معيناً ليس جريمة فى ذاته ، فيتولد من هذا الفعل المباح ما يعتبر جريمة، دون أن يقصد الجانى ما تولد عن فعله . وتعتبر الجريمة المتولدة عن الفعل المباح جريمة غير عمدية، برغم أن الجانى قصد الفعل المباح، لأنه قصد فعله محلاً غير المحل المحرم، أى غير محل الجريمة[4] .

إذن الخطأ على نوعين: خطأ متولد وهو ما تولد عن فعل مباح أو يعتقد الفاعل أنه مباح، وخطأ غير متولد وهو ما عدا ذلك ومثله النائم الذى ينقلب على صغير فيرديه قتيلاً.

وللفقهاء قاعدتان يحكمان الخطأ، وبتطبيقها نستطيع القول بأنه أخطأ أو لم يخطئ[5] .

فالقاعدة الأولى: إذا أتى الفاعل فعلاً مباحاً أو يعتقد أنه مباح فتولد عنه ما ليس مباحاً فهو مسئول جنائياً، سواء

---

(1)د. سمير الجنزورى: الأسس العامة لقانون العقوبات مقارنة بأحكام الشريعة ، جامعة الأزهر ، مطبعة السعادة ، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٣ ، ص ٢٣٨.

(2) سورة النحل ، الآية ٤٣ .

(3) أ. عبد القادر عوده: المرجع السابق ، ص ٤٣١.

(4) أ. عبد القادر عوده: المرجع السابق ، ص ٤٣٢.

(5) أ. عبد القادر عوده: المرجع السابق ، ص ٤٣٦.

باشره أو تسبب فيه .

والقاعدة الثانية: الفعل غير المباح الذى أتاه الجانى أو تسبب فيه دون ضرورة ملجئة، وما نتج عنه، يُسأل الجانى جنائياً سواء كان يمكنه التحرز عنه أم لا .

وبتطبيق هاتين القاعدتين على أفعال الامتناع -طالما الترك كالفعل- يمكن استنباط جرائم الامتناع وإمكان التسبيب فيها .

الباب الثانى
إشكاليات جرائم الامتناع

تمهيد :

لما كانت جرائم الامتناع ذات طبيعة خاصة من الناحية القانونية، الأمر الذى جعل الفقه والقضاء لم يتفقا على درجة المساواة التامة بين الامتناع والفعل الإيجابى فى إحداث النتيجة الإجرامية. وذلك راجع - كما قلنا - لغياب النص الذى ينظم جرائم الامتناع كنظرية عامة. وهذه الطبيعة الخاصة اصطدمت بأرض الواقع التطبيقى بعدة مبادئ هامة وأثارت بالتبعية عدة مشكلات منها مبدأ الشرعية، وتفسير القاعدة الجنائية، والمساهمة الجنائية، والشروع، والدفاع الشرعى.

ومما لاشك فيه أن تطور الحياة فى كافة مجالاتها أدى إلى ازدياد جرائم الامتناع بصورة أصبحت تطالب بالاهتمام الكافى بنوعيه تلك الجرائم، وعدم الاكتفاء بفضائح تهز الرأى العام، أخلاقياً واجتماعياً، ويد العدالة لا تستطيع أن تفعل شيئاً أمام عجز النصوص الإجرامية وعدم مرونتها للتعامل مع الواقع التطبيقى لجرائم الامتناع .

وسوف نرى كيف كانت الشريعة الإسلامية سبّاقة فى وضع النصوص والعقوبات مقدماً، وكذا وضع الضوابط والقواعد الفقهية لإزالة كل لبس أو غموض عند التطبيق مقارنة بالقوانين الوضعية، وذلك بوضعها قواعد عامة تطبق على السلوك كلما تسبب فى محظورات شرعية.

وسوف نتناول فى هذا الباب حصر المشكلات التى تثيرها جرائم الامتناع فى كل من القانون الوضعى، الشريعة الإسلامية فى الفصول الآتية :

الفصل الأول : الامتناع ومبدأ الشرعية .
الفصل الثانى : التفسير والامتناع الامتناع.
الفصل الثالث : الامتناع والمساهمة الجنائية.
الفصل الرابع : الشروع وجرائم الامتناع .
الفصل الخامس : الدفاع الشرعى وجرائم الامتناع .
الفصل السادس : الامتناع ومشكلة تعدد الجرائم .
الفصل السابع : الامتناع والجريمة متعدية القصد .
الفصل الثامن : الامتناع ومشكلة الإضراب .

الفصل الأول
الامتناع ومبدأ الشرعية

المبحث الأول
الامتناع ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فى القانون الوضعى

تمهيد :

قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات (قاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) معروفة فى مصر قبل قوانين ١٨٨٣ وفى هذه السنة نص عليها فى المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وفى المادة ١٩ من قانون العقوبات الصادر فى سنة ١٨٨٣. ولما عدل قانون العقوبات سنة ١٩٠٤ قرر المشرع فى المادة الخامسة الفقرة الأولى على أنه "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها" وفى دستور سنة ١٩٢٣ وفى المادة السادسة منه نص على لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون)[1].

وتقتضى دراستنا لهذا المبدأ أن نعرض أولاً لمفهومه ونتائجه وتقديره ، ثم نعرض ثانياً لمبدأ الشرعية وجرائم الامتناع وذلك فى مطلبين متتاليين :

المطلب الأول
مفهوم مبدأ الشرعية ونتائجه وتقديره

الفرع الأول
مفهوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

يحدد المشرع سلفاً الأفعال الصادرة من شخص، ويعتبرها جريمة فيحدد لها نموذجاً قانونياً، ويقرر لتلك الأفعال العقوبة التى يراها ملائمة ومناسبة لها ، وتطبيقاً لذلك لا ينبغى توجيه اتهام لشخص ما لم يكن هذا الفعل الذى أتاه مُجرماً بنص، ومحدداً له نموذج قانونى طبقاً لقاعدة قانونية، ولا يتم توقيع عقوبة إلا إذا كانت مقررة قانوناً.

وبعبارة أخرى يعنى مبدأ الشرعية حصر مصادر عدم المشروعية الجنائية فى نصوص القانون الجنائى التى تحدد الجرائم والعقوبات. وبما أن القانون من عمل المشرع فإن الاختصاص بالتجريم والعقاب ينحصر فى المشرع دون القاضى[2].

وهذا المبدأ يخاطب المشرع والقاضى ، فالمشرع مطالب بتحديد الجرائم التى يراها تخل بالنظام العام للمجتمع عن طريق – تقنين- القواعد القانونية التى تجرم تلك الأفعال أو الوقائع مع تقرير العقوبات . والقاضى مخاطب أيضاً بهذا المبدأ إذ إن سلطته فى توقيع العقاب مستمدة من هذا المبدأ، فليس له توقيع العقوبات إلا بنص .

وقد يتبادر إلى الذهن أن هذا المبدأ قاصر فقط على الجرائم والعقوبات، ولكنه فى الحقيقة والواقع يمتد ليغطى الجزاء الجنائى بصورتيه : العقوبات والتدابير الاحترازية ، ومن ثم لا يجوز للقاضى أن يقضى بغير التدابير التى نص عليها المشرع[3] .

---

(1) د. محمود محمد مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص ٣٤.
(2) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، مطابع السعدنى سنة ٢٠٠٣، ص ٧٤ .
(3) د. على القهوجى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، سنة ٢٠٠٤، ص ٤٠.

ومن جانب آخر يمتد مبدأ الشرعية إلى الإجراءات الجنائية الواجبة التطبيق على المتهم من تحقيق ومحاكمة ، ومن ثم فمن غير الجائز اتخاذ إجراء من تلك الإجراءات ما لم يكن منصوصاً عليه فى قانون الإجراءات الجنائية ، وبشرط أن يتطابق اتخاذ الإجراءات مع ما يوجبه القانون من شروط أو قيود.

وما بين الأفعال المجرمة والعقوبات المقررة من قبل المشرع تكون الأوامر والنواهى التى بينت نتائج تستحق لأن تكون محلاً لإنزال الجزاءات الجنائية المقررة لها عن طريق القاضى .

ومن مفاهيم مبدأ الشرعية أيضاً التزام المشرع بتحديد الأفعال المجرمة تحديداً من حيث النوع والمقدار، أى تحديد النماذج القانونية للنصوص تحديداً واضحاً.

وغنى عن البيان أن هذا المبدأ من أهم المبادئ التى تحفظ للفرد حقه وحريته أمام تعسف السلطات، ومن أهم مبادئ حقوق الإنسان، وقد كان لهذا المبدأ نتائج قانونية هامة استقرت عليها أغلب التشريعات وهو ما سنتناوله فى المطلب الثانى .

الفرع الثانى
النتائج المترتبة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

<u>أولاً: عدم رجعية قواعد التجريم والعقاب</u> :

ويعنى ذلك أن قواعد التجريم والعقاب لا تسرى بأثر رجعى على الأفعال التى ارتكبت قبل سريانها ونفاذها ، ومن ثم لا جريمة ولا عقاب على الأفعال التى تم ارتكابها قبل سريان النص الجنائى .

<u>ثانياً: انفراد المشرع بالتجريم والعقاب</u> :

إن انفراد المشرع بالتجريم والعقاب يعنى أن التشريع هو المصدر الوحيد من بين مصادر القانون المختلفة فى تحديد الأفعال المجرمة، وتحديد العقوبات فى حالة ارتكاب فعلاً من هذه الأفعال .

فالمشرع ينفرد بتجريم الأفعال وفق النماذج القانونية التى تنص عليها، ويرتب العقوبات عليها فى حالة مخالفة الأوامر والنواهى فى النصوص الإجرامية، ومؤدى ذلك نتائج هامة تخص مجال بحثنا فى مجال جرائم الامتناع، ألا وهى أن العُرف لا يصلح كمصدر مباشر للتجريم، فضلاً عن عدم كونه مصدراً للعقاب، كما أنه ليس للقاضى التوسع فى تفسير القوانين الجنائية بتجريم فعل لم يجرمه المشرع، ولا يوقع عقوبة لم ينص عليها المشرع، ولو تشفع فى ذلك بهدف المصلحة العامة، ولا يحق له القياس فى ذلك ، بل أوجب المشرع على القاضى أن يشمل الحكم نص القانون الذى حكم بموجبه طبقاً للنص المادة ٣١٠ من ق أ.ج مصرى.

الفرع الثالث
تقدير مبدأ الشرعية

رغم سيادة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فى التشريعات المختلفة لما تحققه من مزايا ، إلا أنه لم يسلم رغم ذلك من النقد :

أولاً: مزايا مبدأ الشرعية :

١- المحافظة على حرية الفرد واستقلاله حيث من حقوقه وواجباته وانعكاساً لحقوق الإنسان التى تنادى بها التشريعات القديمة والحديثة .

٢- مساواة الجميع أمام القانون، وذلك من خلال وحدة القانون ووضوحه، فانضباط النموذج القانونى لواقعة مُجرمة بنص، وما فيه من عقوبة، يزيل عنه الاختلاف بين المحاكم، مما يرسخ مبدأ المساواة أمام القانون .

٣- من شأن شرعية العقوبات أن تجعل للعقوبات سنداً قانونياً يجعل منها رد فعل وردع لمن ارتكب جرماً .
٤- يعكس مبدأ الفصل بين السلطات، فلا يجوز للسلطة القضائية أن تتدخل فى اختصاص السلطة التشريعية.

ثانياً: <u>الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية :</u>

هذا المبدأ - رغم سيادته فى التشريعات المختلفة - إلا أنه لم يسلم من النقد ، ولكن على أى حال فالانتقادات التى وجهت لهذا المبدأ مردود عليها .

١- مبدأ الشرعية يتجافى مع تفريد العقوبات :

لقد قيل عن مبدأ الشرعية أنه يؤدى إلى تحديد العقوبة المقررة لكل جريمة نوعاً ومقداراً ، وبذلك فإنه يتجاهل خطورة الجانى الشخصية والظروف التى دفعته إلى ارتكاب الجريمة ، ويجعل العقوبة تتلاءم مع الجريمة دون اعتداد بشخص الجانى ، رغم أن العقوبة يجب أن تكون متلائمة مع شخص الجانى، بالنظر إلى درجة خطورته الإجرامية، والعوامل التى دفعت به لارتكاب الجريمة، والظروف التى ارتكب فيها جريمته .

الرد على هذا النقد :

لقد تلاشى هذا النقد حديثاً بعد ما اتجه المشرع إلى توسيع سلطات القاضى التقديرية، ومنحه تلك الصلاحيات لتحقيق التوازن بين سياسة المشرع فى التجريم وتقدير الظروف المحيطة بالجريمة، من حيث خطورة شخصية الجانى من عدمه، والظروف التى دعته إلى ذلك، وذلك للوصول إلى روح النص .

فالعقوبات فى القوانين الحديثة تتراوح ما بين حدين عامين ، حد أقصى وحد أدنى ، ويستطيع القاضى فى حالة الإدانة أن ينطق بالعقوبة التى يرى فى مقدارها ما يتناسب مع شخصية الجانى .

ومن ناحية أخرى فيستطيع القاضى أن ينزل عن العقوبة المقررة للجريمة درجتين، إذا ما استعمل سلطته التقديرية، ورأى من ظروف الجانى المحيطة به ودوافع ارتكابه للجريمة ما يدعو إلى تخفيف العقاب عنه .

ومن ناحية ثالثة فيستطيع القاضى - بما له من سلطة تقديرية عند النطق بالعقاب - أن يأمر بوقف تنفيذ العقوبة المقضى بها، وفقاً لشروط وضوابط معينة، وذلك متى رأى أن المتهم جدير بوقف التنفيذ، بالنظر إلى ماضيه ودوافعه وظروف ارتكابه للجريمة.

٢- مبدأ الشرعية يصيب القانون بالجمود :

لأن القاضى لا يستطيع أن يتوسع فى تفسير النص، ليواجه ما يُستحدث من جرائم لم ينص عليها الشارع وقت التقنين .

وقد ذهب البعض[1] للتأكيد على وجاهه هذا النقد ، وإن كان هناك من يقللون من خطورته استناداً إلى أمرين، الأول هو سرعة استجابة المشرع للفقه والقضاء لأى آراء توجه إلى النص، والثانى هو بث روح الطمأنينة فى نفوس الأفراد، والعمل على حماية حقوقهم، والتأكيد على مبادئ حقوق الإنسان.

المطلب الثانى
مبدأ الشرعية وجرائم الامتناع

بعد استعراض مبدأ الشرعية وأهم ما يميزه، نوازن بينه وبين جرائم الامتناع ، فمن المسلم به أن أغلب الجرائم إيجابية، والقليل منها ما يقع بنشاط سلبى عن طريق امتناع عن عمل يفرضه القانون فى ظروف معينة. وقد ذهب البعض[2]

(1) د. عبد الفتاح الصيفى: المرجع السابق ، ص ٤٦.
(2) د. محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام ، ص ٢٤١.

إلى القول بأن النادر منها جنايات، كامتناع الموظف العام المكلف بالقبض على إنسان متهم بجريمة عقوبتها الإعدام، بقصد مساعدته على الفرار من تنفيذ الحكم (م ١٤١ع). والقليل منها جنح كامتناع القاضى عن الحكم فى الدعوى م (١٢١)، وأغلبها من المخالفات كعدم التبليغ عن المواليد أو الوفيات. وإذا كنا نسلم مبدئياً بسلامة هذا الرأى إلا أنه غير سليم من الناحية العملية، رغم سلامته من الناحية النظرية حيث النص التجريمى . وأما من الناحية العملية فمما لا شك فيه أن تطور الحياة اقتصادياً وتكنولوجياً، ودخول عصر الجيل الثالث من الاتصالات، أدى وسوف يؤدى إلى تطور الجرائم عموماً، ومنها الجرائم السلبية بالتبعية، وأيضاً محاولات الإفلات من العقاب المنصوص عليه فى الجرائم، والتحايل على النموذج القانونى الموضوع فى النصوص .

<u>نظرة مستقلة</u> :

ويبدو لنا أن المشرع - وإن كان يجرم بعض الأفعال التى ترتكب بسلوك سلبى - فليس معنى هذا أنه لا يجرم باقى الأفعال إلا إذا ارتكبت بسلوك إيجابى فقط ، وذلك لأن أغلب الأفعال التى يجرمها القانون - فى حالة وقوعها بسلوك سلبى - هى بطبيعتها لا تقبل الارتكاب إلا بهذه الصورة، أى بصورة السلوك السلبى ، كما هو الحال فى امتناع الموظف العام المكلف بالقبض على إنسان عن القبض عليه ، وامتناع القاضى عن الحكم فى الدعوى ، وامتناع الموظف العام عن تنفيذ حكم قضائى .

وليس معنى ذلك أننا نخالف المبدأ بل نؤيده ونقدسه . <u>ولكن نرى ضرورة صياغة نصوص التجريم، على النحو الذى يكون من شأنه إمكانية تطبيقه على السلوك الإجرامى المؤدى إلى النتيجة، بصرف النظر عن طبيعة هذا السلوك وما إذا كان سلوكاً إيجابياً أو سلبياً ، بمعنى أن تكون تلك الصياغة من الوضوح والتحديد بحيث لا تدع مجالاً للشك فى وجوب انطباقها على كافة صور السلوك الإجرامى، مثلما هو الحال فى نظرية التعزير فى الفقه الإسلامى</u> .

فعلى سبيل المثال المادة ٢٣٤ ق .ع التى تعاقب على القتل العمد أوردت عبارة محددة سلفاً وهى (من قتل نفساً) مما جعلت النص فى نطاق ضيق لا يقبل المرونة والاتساع على عكس المادة ٢٣٨ ق . ع التى تجرم القتل غير العمدى إذ كانت عبارتها (من قتل نفساً خطأ أو تسبب فى قتلها بغير قصد ولا تعمد) فهى من المرونة والاتساع بما يسوى بين الفعل الإيجابى والسلبى . وهذا ميل فى الصياغة التشريعية ينبغى إزالته .

المبحث الثانى
الامتناع ومبدأ الشرعية فى الشريعة الإسلامية

<u>تمهيد</u> :

الإسلام عقيدة وشريعة، لم يأت بمجرد نصائح وتوجيهات، بل أصدر لدنيا الناس أوامر ونواهى وخلق الله فيهم استطاعة تمكن من المعصية والطاعة، وقرر الشارع أن أفعال العباد تنقسم إلى طاعات ومعاص ومباحات، وتدور المسئولية فى مجال الطاعة والمعصية ثواباً وعقاباً[1].

وقد انعقد إجماع فقهاء المسلمين على أن كل ما يحدث للناس من وقائع فى الحياة الدنيا له فى الشريعة الإسلامية أحكام ، فالقاعدة أن لكل فعل حكماً، وهذا الحكم شرعى، والأحكام إما أن تكون قد وردت صراحة فى الكتاب أو السنة وإما أن تعرف من دلائل أخرى مثل الإجماع والقياس . وهذه الدلائل الأخرى استنبطت من الشريعة حكم ما لم يرد بحكمه نص فى الكتاب أو السنة[2] .

---

(1)د. محمد كمال إمام: المسئولية الجنائية أساسها وتطورها دراسة مقارنة فى القانون الوضعى والشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية طبعة ٢٠٠٤ ، ص ٤٢٣ .

(2)د. عبد الخالق النواوى: التشريع الجنائى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، طبعة المكتبة العصرية ببيروت، صيدا، ص ١٠ .

ومفاد ذلك أنه يجرى البحث عن الحكم فى الكتاب أو السنة، فإن كان هناك نص وجب التطبيق، وإلا يجرى البحث عن حكم الشرع بأى دليل شرعى .. وهذا الحكم الذى يتوصل إليه المجتهد لا يكون شرعاً جديداً وإنما هداية إلى حكم الله فى الواقعة الماثلة.

إذن الجرائم فى الشريعة محددة سلفاً، وأيضاً معاقب عليها بحد أو بتعزير، وللقاضى مهمة التطبيق بالقيود التى تبينها الشريعة، ومن هذه القيود المبدأ الشرعى لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

وسوف يكون محور بحثنا على ما يلى :

المطلب الأول : المفهوم الشرعى لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

المطلب الثانى : تطبيقات مبدأ الشرعية .

الفرع الأول : تطبيقات المبدأ على جرائم الحدود .

الفرع الثانى : تطبيقات المبدأ على جرائم القصاص والدية .

الفرع الثالث : تطبيقات المبدأ على جرائم التعازير .

المطلب الثالث : نظرية التعزير وجرائم الامتناع.

المطلب الأول
المفهوم الشرعى لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص

أوجبت الشريعة لاعتبار الفعل مجرماً أن يكون هناك نص يحرم هذا الفعل ويعاقب على إتيانه، وهو ما نسميه اليوم بالركن الشرعى للجريمة ، ويقابله فى القانون الوضعى النص التجريمى أو النموذج القانونى للجريمة .

السند الشرعى :

هذا المبدأ الشرعى "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" يعتبر من القواعد الأصولية فى الشرع الحنيف، أى يستند إلى نصوص خاصة صريحة فى هذا المعنى، ولا يستدل بنصوص عامة أو بمثل أو منطق .

ومن هذه النصوص الخاصة قول الله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[1]، وقوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾[2] ، وقوله ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[3] ، وقوله تعالى﴿ لأنذِرَكُم بِهِ وَمَن بَلَغَ﴾[4] ، وكذا الحديث النبوى الشريف قول الرسول (ﷺ) فى حجة الوداع ((ألا وإن دم الجاهلية موضوع وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب، وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أبدأ به ربا عمى العباسى بن عبد المطلب))[5].

فهذه النصوص بينت - بل قطعت - فى أنه لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين ويوضح وينذر على لسان رسله ولا يكلف نفساً بما لا تطيق .

ويستفاد من هذا المبدأ أو هذه القاعدة ثلاث قواعد أصولية أخرى هى[6] :

---

(1) سورة الإسراء ، الآية ١٥ .
(2) سورة القصص ، الآية ٥٩ .
(3) سورة البقرة ، الآية ٢٨٦ .
(4) سورة الأنعام ، الآية ١٩.
(5) رواه مسلم فى صحيحه عن جابر بن عبد الله رقم ١٢١٨.
(6) أ. عبد القادرة عودة: التشريع الجنائى الإسلامى، مؤسسة الرسالة ط١٤ سنة ٢٠٠٠ ص ١١٥ وما بعدها.

القاعدة الأولى : لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص :

والمعنى أن الأفعال الصادرة من المكلف لا يمكن وصفها بالتحريم ما لم يرد نص بالتحريم ، ومن ثم لا حرج على أن يفعلها أو يتركها، أى ان ذلك من المباحات .

القاعدة الثانية : الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة :

كل فعل أو ترك أصلاً مباح ما لم يرد نص بالتحريم ، اى الأصل الإباحة ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً﴾ [البقرة : ٢٩]. والاستثناء هو التحريم ، وهذا من سماحة هذا الدين .

ملاحظة : يمكن استنباط معنى واحد من هاتين القاعدتين ، أنه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص يحرم الفعل أو الترك، فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسئولية ولا عقاب على فاعل أو تارك (ممتنع) [1].

القاعدة الثالثة : لا يكلف شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف أهلاً لما كلف به ، ولا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علماً يحمله على امتثاله[2] :

والمعنى : هناك شروط فى المكلف وشروط فى الفعل المكلف به:

أ- شروط المكلف :

أولاً: قدرته على فهم دليل التكليف :

أى يكون فى استطاعته فهم النصوص الشرعية التى جاءت بالحكم التكليفى لا الوضعى ، ومن ثم يخرج عن ذلك العاجز عن الفهم الذى لا يمكن أن يمتثل لما كلف به.

ثانياً: أن يكون أهلاً لما كلف به [3]:

أى أن يكون أهلاً للمسئولية وأهلاً للعقاب وليس به موانع المسئولية، فالمسئولية الجنائية تقوم على ثلاثة أسس:

١- إتيان فعل محرم .
٢- أن يكون الفاعل مختاراً.
٣- أن يكون مدركاً.

فإذا توافرت انعقدت المسئولية الجنائية ، وبالعكس إذا انعدم إحداهما لم يعاقب الجانى على فعله. فالمسئولية تنتفى إما لسبب يتعلق بالفعل لكونه غير محرم. وإما لسبب خاص بالفعل كعدم الإدراك. وتنتفى العقوبة عن الفاعل فى حالة الإكراه أو السكر أو الجنون أو صغر السن، ففى هذه الحالة يرتكب الجانى فعلاً محرماً، ولكن ترتفع العقوبة بفقدان الإدراك.

ب- شروط الفعل المكلف به :

١- أن يكون ممكناً فلا يكلف بمستحيل .
٢- أن يكون فى قدرة الشخص إتيانه أو تركه ، فإن لم يكن كذلك فلا يصح التكليف.
٣- أن يكون الفعل معلوماً للمكلف علماً تاماً يحمله على الامتثال وهذا يقتضى[4] العلم بالأحكام التكليفية ، فمن لم يعلم بأمر أو نهى لا يمكن أن يأتمر به أو ينتهى عنه، وأن يتميز الحكم بميزة حمل المكلف على الامتثال له والكف عن

---

(1) أ. عبد القادرة عودة: المرجع السابق، ص ١١٦ وما بعدها.
(2) د. عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ص ١٧٣.
(3) أ. عبد القادرة عودة: المرجع السابق، ص ٤٦٧ .
(4) د. سليم العوا : التشريع الجنائى الإسلامى ، مؤسسة الرسالة ط١٤ سنة ٢٠٠٠ ص ١١٧.

العصيان، وهذا ما يشابه الردع العام والخاص بالعقوبة.

ونحن نرى، أن شروط الفعل المكلف به من أهم الملامح التى يمكن صبغها بفعل الامتناع - فلا يكلف بمستحيل - وهذا المعيار أو الضابط هام جداً عند ضبط الأفعال السلبية وتقييمها فى مجال السببية، وهذا ما ينبغى أن يستنبطه المشرع الوضعى عند صياغة نظرية الامتناع العامة فى التشريع الوضعى.

وتأسيساً على ذلك لا يسأل من لا يجيد السباحة عن عدم إنقاذ الغريق وما شابه ذلك.

المطلب الثانى
تطبيقات مبدأ الشرعية

تمهيد :

من الثابت شرعاً أن جرائم الحدود والقصاص مقدره بنصوص خاصة بكل جريمة، ومحدده العقاب بالكتاب والسنة ، وأما الجرائم الأخرى من المعاصى التى لا حد فيها ولا كفارة - وهى جرائم التعزير- فالأصل فيها النص على الجريمة دون العقوبة، وترك أمرها لولى الأمر أو السلطة المختصة فى الدولة، تفرضها إن كانت تشريعية وتطبقها إن كانت قضائية وتنفذها إن كانت تنفيذية .أى أن تطبيق قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة بغير نص" يتم فى الفقه الجنائى الإسلامى فى أمرين الأول : ضيق ومجاله جرائم الحدود والقصاص والدية ، والثانى واسع ومرن ومجاله جرائم التعازير.

وينبغى الإشارة والتأكيد على أن نصوص الشريعة الإسلامية والتى تنهى عن الفحشاء والمنكر والبغى وتحرم الخبائث والظلم والعدوان والباطل ، تفيد تحريم ذلك كله، وعدم النص على الجزئيات دليل على عموم الشريعة وصلاحيتها وملاءمتها[1].

وسوف نتعرض بإيجاز للتطبيقات العامة لهذا المبدأ على جرائم الحدود ثم جرائم القصاص والدية، وأخيراً جرائم التعازير ، واضعين فى الاعتبار أن تلك القواعد والضوابط العامة كما تطبق على الأفعال الإيجابية يمكن تطبيقها أيضاً على الأفعال السلبية متى توافرت ضوابطها .

الفرع الأول
تطبيقات المبدأ فى جرائم الحدود

جرائم الحدود هى سبع : الزنا ، القذف ، الشرب ، السرقة ، الحرابة ، الردة ، البغى.

ففى جريمة الزنا يقول المولى عز وجل ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاء سَبِيلاً ﴾[2]. ويقول أيضاً ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾[3] . وحديث النبى ﷺ " خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة" . هذه النصوص تحرم الزنا وتعاقب بالتغريب والجلد والرجم .

وفى جريمة القذف يقول المولى تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾[4]. فالنص يحرم القذف بعقوبة الجلد والحرمان من الشهادة.

وفى جريمة الشرب يقول المولى تعالى ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾[5] . ويقول النبى ﷺ " كل مسكر حرام ، وما أسكر كثيره فقليله حرام" .

---

(1) د. سليم العوا : فى أصول النظام الجنائى ، نهضة مصر ص ٧٧ .
(2) سورة الإسراء، الآية ٣٢ .
(3) سورة النور، الآية ٢ .
(4) سورة النور ، الآية ٤ .
(5) سورة المائدة ، الآية ٩٠ .

فالنص أكد تحريم الخمر والمسكرات، والعقوبة روى عنه أنه ضرب أربعين فى الخمر ولم يكن محدد العدد ، وأجمعت الصحابة فى عهد عمر بن الخطاب على ضرب الشارب ثمانين جلدة قياساً على القاذف .

وفى جريمة السرقة يقول الله تعالى ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللهِ وَاللهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[1]. فالنص حرم السرقة وأوضح العقوبة وترك للسنة كيفية تنفيذها عند أول مرة وعند العود .

وفى جريمة الحرابة يقول الله تعالى ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾[2].

فالنص حرم قطع الطريق والسعى فى الأرض بالفساد وعقوبة النفى والقطع والقتل.

وفى جريمة الردة يقول الله تعالى ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلاَمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾[3] . والسنة بينت العقوبة بقول النبى (ﷺ) "من بدل دينه فاقتلوه".

وفى جريمة البغى يقول الله تعالى ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴾[4]. وقول النبى ﷺ : "من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه".

فالنص يحرم البغى والظلم والعدوان، وجزاء البغى القتال حتى يفئ الباغى ويرجع إلى دينه.

وهذه العقوبات المقدرة حقاً لله تعالى، ومعنى ذلك أنه لا يجوز إسقاطها بأى حال من الأحوال مطلقاً فهى غير قابلة للسقوط، فلا يجوز لأحد كائناً من كان أن يبيح جريمة الزنا لنفسه أو أن يسقط الحد عنه. ويشير إلى هذا قوله (ﷺ) (من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد حاد الله فى حكمه). كما أن للناس جميعاً الحق فى المطالبة بهذا الحق والدفاع عنه ومقاضاة كل من أخل بشىء من هذه الحقوق والشهادة عليه والمطالبة به صيانة لهذه الحقوق ومحافظة عليها، ويطلق لفظ الحد عادة على جرائم الحدود وعقوباتها وهذا هو المشهور[5].

ويلاحظ أيضاً أن هذه الجرائم تتكون من أفعال إيجابية ومن ثم فهى خارج إطار بحثنا .

الفرع الثانى
تطبيقات المبدأ على جرائم القصاص والدية

جرائم القصاص هى القتل العمد، وإتلاف الأطراف والجرح العمد، وأما الجرائم التى يعاقب عليها بالدية فهى جرائم القصاص إذا عفى عن القصاص أو امتنع القصاص لسبب شرعى، ثم القتل شبه العمد والقتل الخطأ وإتلاف الأطراف خطأ والجرح الخطأ .

ففى جريمة القتل يقول المولى عز وجل﴿ وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ﴾[6] . ويقول الرسول (ﷺ) من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا فالقود –أى القصاص- وإن أحبوا فالعقل أى الدية. ويقول " فى النفس مائة من الإبل".

فالنصوص تحرم القتل العمد، والعقوبة القصاص إلا إذا عفا ولى الأمر، لقوله تعالى ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ

---

(1) سورة المائدة ، الآية ٣٨ .
(2) سورة المائدة ، الآية ٣٣ .
(3) سورة آل عمران ، الآية ٨٥ .
(4) سورة الحجرات ، الآية ٩ .
(5) د. رمضان الشرنباصى: العقوبات الشرعية ، طبعة ٢٠٠٧ ، ص ١٠.
(6) سورة الإسراء ، الآية ٣٣ .

فاتِّبَاعٌ بِالمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾[1]. وتكون الدية حينئذ وهى مائة من الإبل .

وجريمة إتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد يقول المولى عز وجل ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالعَيْنَ بِالعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ﴾[2]. ويقول أيضاً ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[3] ، ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ﴾[4] .فهذه النصوص تحرم إتلاف الأطراف والجراح والقصاص فى العمد .

وفى جريمة القتل شبه العمد يقول الرسول (ﷺ) ألا إن فى قتيل عمد الخطأ : قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل" . فهذا الحديث يحرم القتل شبه العمد والدية مائة من الإبل كعقاب .

وفى جريمة القتل الخطأ يقول المولى عز وجل ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُوا فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾[5]. والنبى (ﷺ) "حدد دية الخطأ عشرين حقة وعشرين بنت مخاض ، وعشرين بنت لبون وعشرين بنو مخاض ".

فالنصان يحرمان القتل الخطأ، وعقوبته الدية المعينة مقداراً ووصفاً، ويتفرع على القتل الخطأ قطع الأطراف والجرح الخطأ ، فالرسول (ﷺ) حدد العقوبة على أساس ما كان من الجسم، فالعضو الواحد مثل الأنف والذكر واللسان ففيه الدية كاملة. وما كان فى الجسم منه عضوان ففيه نصف الدية ، حيث قال الرسول (ﷺ) " فى الأنف إذا أوعب مارنه جدعاً الدية" . وقال : "وفى اللسان الدية ، وفى الذكر الدية" ، وقال : "فى الصلب الدية" ، وقال : "فى اليدين الدية ، وفى الرجلين الدية" ، وقال : فى الاثنين الدية" ، وقال " فى الأذنين الدية" ، وقال " فى العين خمسون من الأبل " ، وقال : "فى السن خمس من الإبل" وأوجب الرسول الدية فى إذهاب المعانى كالسمع والبصر والعقل[6].

والجراح مختلفة باختلاف درجة جسامتها وخطورتها، فإذا كانت موضحة وهى التى تكشف عن العظم فجعل النبى ﷺ أرش الموضحة خمساً من الإبل ، وإذا كانت الجراح هاشمة وهى التى هشمت العظم فجعل لها عشراً من الإبل، وإذا كانت الجراح آلامة وهى التى تصل إلى الجلدة التى تغطى المخ ثلث الدية (أى ثلث مائة من الإبل) ، ومثلها الجراح الدافعة وهى التى تصل إلى المخ ، الفقهاء يطلقون مصطلح الشجاج على جراح الرأس والوجه ، والذى يصل إلى التجويف الصدرى والبطنى فيسمى جائفه.

وجعل النبى ﷺ فى كل جرح يصل إلى الجوف ثلث الدية، وكل تلف أو جرح لم يحدد الرسول له دية أو أرشا[7] فيه حكومة، أى يحكم به القاضى بناء على تقدير أهل الخبرة.

وغنى عن البيان أن عقوبة القصاص والدية من العقوبات المقدرة (محددة النوع والمقدار) وهى حق العباد (ومن ثم كان للفرد أو وليه العفو عن العقوبة، وولى الأمر ليس من حقه إسقاط العقوبة أو العفو عنها مثل عقوبات الحدود، لأنه من الثابت أنه لا يستطيع أن يسقط حقوق الله أو حقوق العباد).

---

(1) سورة البقرة ، الآية ١٧٨ .
(2) سورة المائدة ، الآية ٤٥ .
(3) سورة البقرة ، الآية ١٩٤ .
(4) سورة النحل ، الآية ١٢٦ .
(5) سورة النساء ، الآية ٩٢ .
(6) أ. عبد القادر عوده: المراجع السابق ، ص ١٢٣ .
(7) الدية تطلق على الدية الكاملة والأرش يطلق على بعض الدية .

القياس فى الحدود والكفارات[1] :

اختلف الأصوليون فيها :

فقال جمهور العلماء : إن القياس يجرى فى الحدود والكفارات ، كما يجرى فى غيرها من الأحكام الشرعية ، أى أنه يجوز التمسك بالقياس فى إثبات كل حكم من الحدود والكفارات والرخص والتقديرات إذا وجدت شرائط القياس فيها[2] .

وقالت الحنفية[3] : لا يجوز القياس فى هذه الأمور الأربعة ، فلا يثبت حكم واحد منها بالقياس ولا يكون القياس فيها حجة، كما لا يجوز القياس فى أصول العقائد والعبادات[4] .

مثال القياس فى الحدود قياس النباش على السارق - بجامع أخذ مال الغير خفية - فيقطع النباش كما يقطع السارق ، وقياس اللائط على الزانى - بجامع الإيلاج فى فرج محرم مشتهى - فيحد اللائط كما يحد الزانى .

ومثال القياس فى الكفارات : قياس قتل العمد العدوان على القتل الخطأ، بجامع إزهاق الروح فى كل منهما، لإثبات الكفارة فى القتل العمد كما هى ثابتة فى القتل الخطأ، وقياس الأكل فى نهار رمضان عمداً على الجماع بجامع انتهاك حرمة الشهر فى كل منهما، لإثبات الكفارة فى الأكل، كما هى ثابتة فى الجماع.

ومثال القياس فى الرخص: قياس النجاسات على الاستنجاء فى الاقتصار على الأحجار لإزالة النجاسة ، فإن الاقتصار على الأحجار دون الماء فى الاستنجاء رخصة من أظهر الرخص .

ومثال القياس فى المقدرات : تقدير النفقة الواجبة للزوجة بمقادير معينة ، وتقديرات الدلو والبئر فى نزح الماء منه إذا سقطت فيه الدواب وماتت فإن الفقهاء قدروا فى الدجاجة : ينزح كذا دلواً ، وفى الفأرة : ينزح كذا وكذا وليس هذا التقدير عن نص ولا إجماع فيكون قياساً .

الأدلة :

احتج الجمهور بأن الأدلة على حجية القياس من الكتاب والسنة مثل قوله تعالى ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾[5] وقصة معاذ وأبى موسى ونحوهما مما سبق ذكره تتناول بعمومها جميع الأحكام الشرعية، سواء أكانت من الحدود أم الكفارات أم غيرها، فقصر هذه الأدلة على بعض الأحكام تخصيص بلا مخصص ، ويؤيد إجماع الصحابة فإنهم تشاوروا فى حد شارب الخمر ثم أثبتوه بالقياس، فقال على – رضى الله عنه –"إنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى وحد المفترى ثمانون " فإنه قاس السكران على المفترى - أى القاذف - فى أن السكر مظنة الافتراء، فأقام مظنة الشىء مقامه ، وذلك هو القياس ولم ينقل عن أحد الصحابة فيه نكير، فكان إجماعاً .

واحتجوا أيضاً بأن القياس إنما يثبت فى غير الحدود والكفارات لاقتضائه الظن والظن حاصل فيها[6] فوجب العمل به لقوله عليه السلام :" نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر"[7] وقياساً على العمل بخبر الواحد المفيد للظن فقط .

---

(1) د. رمضان الشرنباصى : أصول الفقه الإسلامي، طبعة ٢٠٠٨، ص ٢٩٨.

(2) الإحكام للآمدى ٩١/٣ ، المستصفى ١٠٠/٢ ، شرح العضد على مختصر المنتهى ٢٥٤/٢ ، شرح المحلى على جمع اللجوامع ١٧٣/٢ ، روضة الناظر ٣٤٣/٢ ، الإبهاج ٢٢/٣ ، شرح الإسنوى ٣٩/٣ إرشاد الفحول ص ١٩٦.

(3) التقرير والتحبير ٢٤١/٣ ، مرآة الأصول ١٨٤/٢ ، مسلم الثبوت ٢٧٦/٢.

(4) هذا المذهب موافق لما عليه قوانين العقوبات السورى والمصرى والفرنسى التى لم تأخذ بمبدأ القياس فيها ومذهب الجمهور موافق لقوانين العقوبات السوفيتى والدانمركى والألمانى التى أجازت القياس على المبادئ الأساسية فى القانون الجزائى .

(5) سورة الحشر ، الآية ٢ .

(6) قاعدة الشافعية فى هذا : كل حكم شرعى أمكن تعليله فالقياس جائز فيه (راجع تخريج الفروع على الأصول ٥٦).

(7) قد يذكر أيضاً بلفظ "أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر " قال السيوطى فى اللآلئ المصنوعة : هو غير ثابت بهذا اللفظ ولعله مروى بالمعنى من أحاديث صحيحة وقال فى مقاصد الحسنة : اشتهر بين الأصوليين والفقهاء بل وقع فى شرح مسلم للنووى أنه حديث ولكن لا وجود له فى كتب الحديث المشهورة وجزم الحافظ الراقى بأنه لا أصل له ، وكذا المزى وغيره ، والخلاصة : أنه اثر صحيح المعنى يؤيده حديث أم سلمة عند أصحاب الكتب الستة : "إنكم تختصمون إلى" (نيل الأوطار ٢٧٨/٨) ورواية أبى داود فى جامعه (٢٧١/٢) : " إنى إنما أقضى برأيى فيما لم ينزل على فيه" .

واستدل الحنفية على عدم جواز القياس فى الحدود بقوله عليه الصلاة : " ادرءوا الحدود بالشبهات "[1] والقياس إنما يفيد الظن ، والظن سبيل الخطأ ، فهو شبهة لا دليل قاطع ، فلا يثبت به الحد لأن الحدود تدفع بالشبهات .

والكفارات : فيها معنى العقوبة فهى تشبه الحد من هذه الجهة ، فلا تثبت بالقياس أيضاً لوجود الشبهة فيها .

والمقدرات الشرعية : لا يمكن تعقل المعنى الواجب لتقديرها، كما لا تُعقل أعداد الركعات وأعداد الجلدات وتعين ستين مسكيناً والقياس مبنى على تعقل علة حكم الأصل، فما لا تعقل علة القياس فيه متعذر، والحدود من المقدورات، لاشتمالها على تقديرات لا تُعقل، كعدد المائة فى الزنى والثمانين فى القذف، فإن العقل لا يدرك الحكمة فى اعتبار خصوص هذا العدد .

لا يدرك الحكمة فى اعتبار خصوص هذا العدد .

والرخص: منح من الله تعالى ، فلا تتعدى موردها إلى غير محلها والقياس مبنى على تعدية العلة .

وأجيب عن الوجه الأول : بأن القياس قد يكون قطعياً (وهو ما قطع فيه بعلة الحكم فى الأصل ووجودها فى الفرع كقياس الضرب على التأفيف بجامع الإيذاء) فلا يكون القياس شبهة وفى هذه الحالة لا يوجد مانع من ثبوت الحد به .

وعن الوجه الثانى : بأن هذا الدليل منقوض بخبر الواحد وبالشهادة فإنهما مفيدان للظن والظن شبهة كما يقولون ، ومقتضى هذا أن الحدود لا تثبت بخبر الواحد ولا بالشهادة وهذا ليس مذهباً لكم .

وعن الوجه الثالث : بأن جريان القياس إنما يكون فيما يعقل معناه منها لا فيما لا يعقل، فإنه لا خلاف فى عدم جريان القياس فيه .

وعن الوجه الرابع: بأنا لا نسلم عدم التعليل بالعلة القاصرة ، ولكن لا فائدة من هذا الجواب ، إذ العلة القاصرة لا يقاس عليها، ثم إنكم أجزتم القياس فى الرخص كما فعلتم فى الحكم بجواز إزالة النجاسة بالأحجار قياساً على الاستنجاء .

ويرى أستاذنا الدكتور رمضان الشرنباصى فى الواقع طريقاً للقياس فى هذه الأمور لأنها أحكام تعبدنا الله بها ، ومعنى التقديرات فيها غير معقول، والقياس مبنى على معقول المعنى .

<u>** تطبيقات المبدأ على جرائم الامتناع التى نتج عنها عقوبات القصاص والدية :</u>

مما سبق بيانه من القواعد العامة التى تطبق على الأفعال التى أدت إلى القتل العمد أو جريمة إتلاف الأطراف عمداً والجرح العمدى ، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ ، وقطع الأطراف والجراح الخطأ ، وطالما تحققت هذه المحظورات الشرعية بفعل أو ترك وثبت المسئولية فلا مفر من تطبيق تلك العقوبات ، كما نود الإشارة إلى أنه يجوز للقاضى أن يحكم مع الدية المقررة أو الأرش المقرر بعقوبة تعزيرية منعاً للفساد فى الأرض ، وحسماً لمادة الشر وخصوصاً إذا كان المعتدى ممن تعودوا الاعتداء على الناس كبعض الشباب فى المدن والقرى الذين لا عمل لهم إلا الأذى ، وقد يستأجرون لهذا الغرض[2].

الفرع الثالث
تطبيقات المبدأ على جرائم التعزير

<u>تمهيد :</u>

لم تنص الشريعة على كل جرائم التعزير ولم تحددها كما فعلت فى جرائم الحدود والقصاص والدية ، وإنما وضعت القواعد العامة والضوابط العامة على تحريم ما تراه ضاراً بمصلحة الأفراد أو الجماعة أو النظام العام .

---

(1) أخرجه ابن عدى ومسدد فى سنده موقوفاً على ابن مسعود وهو حسن وأخرجه آخرون مرفوعاً ومرسلاً (نصب الراية ٣٠٩/٣، ٣٣٣ ، فيض القدير ٢٢٧/١).

(2)الأمام أبو زهرة: الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى، ص ١٧٨.

وإذا كان الحال كذلك ، فكيف يتم التوفيق أو تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص على جرائم التعزير التى لم تحدد سلفاً ولم تفرض لها عقوبات ؟

وقد أجاب الفقهاء على ذلك بالقول بأن الأمر متروك لأولى الأمر أن يحرموا ما يرونه ضاراً بصالح الجماعة أو الأفراد أو النظام العام ، وذلك وفق ضوابط تتفق مع نصوص الشريعة ومبادئها وروحها التشريعية .

وأن الشريعة توسعت فى تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص على جرائم التعازير ، مقارنة بجرائم الحدود والقصاص والدية ، وذلك لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضى هذا التوسع الذى جاء على حساب العقوبة، لأنه لا يشترط فى جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة مثلما الحال فى جرائم الحدود والقصاص والدية، والتوسع أيضاً على حساب الجريمة وذلك بالنص العام ولا يكتفى بنص خاص يميز جريمة بعينها، بل يضع نصاً عاماً يشمل مجموعة من الجرائم المتماثلة، وهذا من المرونة والاتساع لتوافق تطور الجريمة من عصر إلى عصر ومن مكان إلى آخر ومن مجتمع لآخر .

وإذا كان الوضع كذلك فكيف يتم التوفيق بين هذا المبدأ وتطبيقه على جرائم التعزير خاصة جرائم الامتناع ؟

وعلى هذا سوف يكون ينقسم هذا الفرع إلى الأغصان الآتية :

الغصن الأول : تعريف التعزير وسنده الشرعى .

الغصن الثانى : أثر مبدأ الشرعية على سلطة القاضى.

الغصن الثالث : أقسام جرائم التعزير .

الغصن الأول : تعريف التعزير وسنده الشرعى

<u>تعريفه :</u>

التعزير فى اللغة مصدر عزّر من العزْر وهو الردع والمنع، يقال عزر فلان أخاه ، بمعنى نصره لأنه منع عدوه من أن يؤذيه ومن ذلك قول الله تعالى ﴿وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ﴾[1] . ويقال عزّرته بمعنى وقرته وأيضاً أوبته وهو من أسماء الأضداد وهو يكون بمعنى التوقير ، لأنه إذا امتنع التعزير وحُرف عما هو دنىء فإن الوقار يحصل له ذلك ، وقد سميت العقوبة تعزيراً لأن من شأنها أن تدفع الجانى وترده عن ارتكاب الجرائم أو العودة إلى اقترافها[2] .

ويعرفه الفقهاء بأنه تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود[3] بمعنى أنه عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله أو لآدمى فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، وهى كالحدود وتأديب استصلاح وزجر، وتختلف باختلاف الذنب .

ويشار إلى أن التعزير يختلف عن الحدود فى أمرين : **أولهما** أن لكل حد عقوبة معينة لابد من توقيعها بينما فى التعزير يوجد مجموعة من العقوبات تترك للقاضى وسلطته التخيرية فى توقيع العقاب الملائم ، **وثانيهما :** أن عقوبات التعزير يجوز لولى الأمر العفو بكلها أو بجزء منها على عكس الحال فى جرائم الحدود لا يجوز لولى الأمر العفو عنها .

<u>الفرق بين الحد والقصاص :</u>

الفرق بين الحد والقصاص أن الحد حق الله تعالى فلا يجوز الإعفاء منه ببدل أو بغير بدل أو التنازل عنه ، وأما القصاص فى النفس وما دون النفس فهو عند جمهور العلماء ليس بحد ، لأنه من حقوق العبد فمن ثم جاز لولى الدم يعنى ولى المقتول أن يتنازل عن القصاص إلى أخذ الدية أو إلى العفو المطلق. وبعض العلماء يعدون القصاص فى الحدود. وهؤلاء لا يشترطون فى الحد إلا كونه عقوبة مقدرة من الشارع سواء أكانت الجناية تتعلق بحق الرب أم تتعلق بحق العبد.

---

(1) سورة الفتح ، الآية ٩ .

(2) د. عبد العزيز عامر: التعزير فى الشريعة الإسلامية ، مطبعة دار الكتاب العربى بمصر عام ١٩٥٥ ، ص ٣٧.

(3) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٦٣ ، الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ .

الفرق بين التعزير والحد :

أهم الفروق بين التعزير والحد أن التعزير غير مقرر بنص شرعى من الكتاب أو السنة ، فى حين أن الحد مقرر بنص ، ويحدد هذا النص جنسه وقدره تحديداً إلزامياً لولى الأمر والقاضى على السواء ، ويعنى ذلك أن التعزير عقوبة غير مقدرة فى حين أن الحد عقوبة مقدرة .

وللقاضى سلطات واسعة بالنسبة للتعزير ، فمن الجائز شرعاً أن يخول القاضى فى نطاق معين سلطة تحديد الفعل الذى يستوجب التعزير وسلطة تحديد عقوبته التعزيرية ، ومن الجائز إذا نص قانون العقوبات الإسلامى على الجرائم التعزيرية أن يخول القاضى سلطة القياس عليها ، وإذا لم يخول القاضى سلطة القياس جاز أن يخول السلطة التقديرية فى تحديد العقوبة ، على نحو ما تقدره السياسة التشريعية المعاصرة ، فتوضع العقوبة بين حد أدنى وحد أقصى يتصرف القاضى فيما بينهما ، ومن الجائز تقرير ظروف مخففة أو مشددة لها ومن الجائز تخويل القاضى سلطة إيقاف تنفيذها .

أما الحد فهو على خلاف من ذلك عقوبة معينة جنساً ونوعاً ، ومحددة مقداراً ، على نحو لا يستطيع القاضى التصرف فيه : فإذا ثبت ارتكاب المتهم الفعل المستوجب للحد ،وكان المتهم أهلاً للتكليف ، ولم تتوافر شبهة مانعة من الحد ، تعين على القاضى أن ينطق به ، فليس له أن يستبدل به عقوبة سواه ،وليس له أن يشدد أو يخفف من مقداره ،وليس له أن يوقف تنفيذه .

ويفرق بين التعزير والحدود، أن لولى الأمر سلطة العفو عن العقوبة التعزيرية ، فى حين انه ليست له سلطة العفو عن الحد .

وللمجنى عليه سلطة العفو عن الحدود التى يجتمع فيه حق الله تعالى والعبد ، وذلك وفقاً للقواعد التى سلف تفصيلها ، ولكن ليس للمجنى عليه العفو عن الجرائم التعزيرية ، إذ العقاب عليها مقرر للمصلحة العامة .

وإذا كان حق الله تعالى متعلقاً دائماً بالحد ، سواء كان حق الله تعالى خاصاً فيه أو قام إلى جانبه حق العبد ، فإن حق الله تعالى متعلق بالعقوبة التعزيرية باعتبار أن ولى الأمر لا يقدرها ، إلا إذا اقتضت مصلحة المجتمع ذلك .

وقد أصل الإمام القرافى الفروق بين الحدود والتعازير فردها إلى عشرة :

الأول: أن التعازير غير مقدرة واختلفوا فى تحديد أكثره واتفقوا على عدم تحديد أقله ، ففى رأى ، هو غير محدود بل بحسب الجناية والجانى والمجنى عليه ، وقال أبو حنيفة لا يجاوز به أقل الحدود وهو أربعون حداً بالنسبة للعبد بل ينقص منه سوط.

الثانى : أن الحدود واجبة النفوذ والإقامة على الأئمة واختلف فى التعزير، وقال مالك وابو حنيفة إن كان لحق الله تعالى وجب كالحدود إلا أن يغلب على ظن الإمام أن غير الضرب مصلحة من الملامة والكلام ، وقال الشافعى هو غير واجب على الإمام إن شاء أقامه وإن شاء تركه .

الثالث : أن التعزير على وفق الأصل من جهة اختلافه باختلاف الجنايات وهو الأصل، بدليل الزنا فانه وحد القذف ثمانون والسرقة القطع والحرابة القتل ، وقد خولفت القاعدة فى الحدود دون التعازير فسوى الشارع بين سرقة دينار وسرقة ألف دينار وشارب قطرة من الخمر وشارب جرة فى الحد مع اختلاف مفاسدها .

الرابع : أن التعزير تأديب يتبع المفاسد وقد لا يصحبها العصيان فى كثير من الصور، كتأديب الصبيان والمجانين استصلاحاً لهم مع عدم المعصية . أما الحدود فلم توجد فى الشرع إلا فى معصية .

الخامس : أن التعزير قد يسقط ، أما الحدود فلا تسقط .

السادس : أن التعزير يسقط بالتوبة ، والحدود لا تسقط بالتوبة إلا الحرابة لقوله تعالى " إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم".

السابع : أن التخيير يدخل فى التعازير مطلقاً ، ولا يدخل فى الحدود إلا فى الحرابة فى ثلاثة أنواع فقط .

الثامن : أن التعزير يختلف باختلاف الفاعل والمفعول معه والجناية ، والحدود لا تختلف باختلاف فاعلها .

التاسع : أن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار فى حين لا يختلف الحد بينها .

العاشر : أن التعزير يتنوع بحق الله تعالى الصرف كالجناية على الصحابة أو الكتاب العزيز وإلى حق العبد الصرف كشتم زيد ونحوه ، والحدود لا يتنوع منها حد بل الكل حق لله تعالى إلا القذف على خلاف فيه[1] .

أدلة مشروعية التعزير :

أجمع الفقهاء على مشروعية التعزير واستندوا في إثباتهم لمشروعيته إلى القرآن والسنة والإجماع والمعقول .

١- **أما القرآن الكريم :** فقوله تعالى﴿فعِظوهن وأهجُروهنَّ فى المَضَاجِع وَأضرِبُوهن فإن أطعنكم فلاَ تَبغُوا عَليهنَّ سَبيلا﴾ [2] . فالله سبحانه وتعالى أمر الأزواج بضرب زوجاتهن حين تأديبهن وزجرهن تعزيراً لهن .

٢- **السنة :** ما روى عنه ﷺ أنه عليه السلام عزر رجلاً قال لغيره يا مخنث . وما روى عنه أيضاً[3] ﷺ أنه قال : واضربوهم على تركها لعشر (أى الصلاة) وذلك فى الصبيان .

٣- **أما الإجماع :** فأجمع مجتهدى الأمة على جواز التعزير دون مخالف لهم فى ذلك .

٤- **أما المعقول :** فهو أن العُصاة يجب أن يُنهوا عما فعلوا ، وإلا أصبح ذلك سائغاً عندهم، وعادة يتعودونها فتتأصل فيهم الرذيلة، فمن هنا كانت الحاجة إلى التعزير لدفع الفساد وإزالته من المجتمع وجلب المصلحة والنفع العام على المجتمع [4] .

خصائص عقوبات التعزير :

إن الغرض من العقاب هو المحافظة على كيان الأمة وحماية أموال الناس وأعراضهم وأنسابهم وكل ما يتعلق بشئون أحوالهم، ونظراً لذلك تجد أن العقاب قد تنوع إلى أنواع فتراه مرة بالقتل[5] أو الجلد[6] أو السجن[7] أو النفى[8] أو الإبعاد أو الصلب أو الإحضار[9] إلى مجلس القاضى أو بالتوبيخ والإهانة والهجر أو التشهير[10] أو التهديد أو الحرمان أو الإزالة والمصادرة والتغريم بالمال، وهو ما يسميه الفقهاء بالتعزير بالمال، وهو ما نقصده هنا فنقول والله المستعان .

وفى التعزير مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهى بالجلد والحبس وقد تصل للقتل فى الجرائم الخطيرة ، وسند ذلك فى الشريعة بعض الأمثلة الآتية :

١- عقوبة الوعظ وعقوبة التهديد وعقوبة الجلد أو الضرب، وذلك مستنبط من قول الله تعالى ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فعِظوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾[11]. وقول سيد المرسلين (ﷺ) "علموا أولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر".

وهذا الحديث يلائم مقصد بحثنا وهو التعزير على جرائم الامتناع، فالممتنع عن ترك واجب أداء الصلاة يعزر بالضرب عند بلوغه سن العاشرة .

---

(1) الفروق ، للإمام شهاب الذين القرافى ، جـ٤ ص ١٧٧.
(2) سورة النساء : الآية ٣٤.
(3) نيل الأوطار ج١ ص٢٩٨.
(4) فتح القدير ج ٥ ص ٢٣٤.
(5) الطرق الحكمية ص ١١٧ السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٦٣.
(6) فتح القدير جـ٤ ص ٢١٢.
(7) الطرق الحكمية ص ١١٠.
(8) شرح الكنز ج٣ ص ١٧٤.
(9) و (١٠) المرجع السابق .
(10) الهداية ج٣ ص ١٣٢ المرجع السابق .
(11) سورة النساء ، الآية ٣٤ .

وكذا الحديث المروى عن الرسول ﷺ ، أنه قال " من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه " . ويشار فى هذا الصدد إلى أن الأصل فى الشريعة أن التعزير للتأديب ولكن أجاز الفقهاء استثناء من هذه القاعدة العقاب القتل تعزيراً إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك[1].

ومما سبق يتضح أن العقوبات التعزيرية مصدرها القرآن والسنة والإجماع ومن ثم فهى عقوبات شرعية .

وينفرد العقاب بالتعزير على غيره بما يلى :

أولاً: أنه غير مقدر وأمره متروك للإمام بحسب كل جريمة وبحسب الجانى، فهو محل اجتهاد ولى الأمر، ومن هنا فلم تتفق كلمة الفقهاء فى مقداره.

ثانياً: يجوز ضم نوع منه إلى نوع آخر كالضرب والنفى أو الضرب والحبس أو الضرب وغيره إذا رأى القاضى مصلحة فى ذلك .

ثالثاً: أن عقوبة التعزير تقبل العفو من ولى الأمر مع مراعاة عفو من له الحق إذا كانت تمس الأفراد .

رابعاً: أنها توقع على المكلفين وغير المكلفين، وأن العقوبة بالتعزيز لا تدرأ بالشبهات بخلاف الحدود .

خامساً: أنه ليس خاصاً بالإمام، فلغيره أن يعزر.

سادساً: أنه يختلف فى العفو نظراً لاختلاف الحقوق، فإن كان على جرائم فيها اعتداء على حق الله فلا يقبل العفو فيها لأن لها خواص الحدود، بل يكون على ولى الأمر القيام بعقوبات رادعة لها ولا تقبل فيها التسامح، لأن العقوبة عليها واجبة تطهيراً للمجتمع من عناصر الشر وذرائع الفساد، وإن كانت الجرائم التى تسوغ التعزير فيها اعتداء على حقوق الناس فيجوز العفو فيها[2] .

الغصن الثانى : أثر مبدأ الشرعية على سلطة القاضى

المبدأ الشرعى " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" من المبادئ الأساسية فى منظومة الفقه الجنائى الإسلامى ، وأن مجال تطبيقه فى جرائم التعزير أوسع نطاقاً من جرائم الحدود والقصاص والدية، وذلك لاقتضاء المصلحة العامة المتمثلة فى حماية الفرد والجماعة والنظام العام من أى أضرار تخالف الشريعة ومقاصدها ، وهذا هو الأثر الذى أحدثه المبدأ باتساع نطاق التطبيق ، تاركاً القاضى يختار العقوبات الملائمة لكل فعل أو ترك .

وسلطة القاضى فى الشريعة هى سلطة اختيار وتقدير لا سلطة تحكم واستعلاء[3] قصد منها تمكين القاضى من تقدير خطورة الجانى والمجرم واختيار العلاج المناسب لهما، ومفاد ذلك أن سلطة القاضى تنحصر فى تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه ، فإن انطبق النص وأصبح النموذج القانونى متطابقاً طبق العقوبة.

بيد أن الشريعة أعطت للقاضى سلطة واسعة فى اختيار العقوبة الملائمة لكل واقعة على حدة، ناظراً حينئذ إلى شخصية المتهم وسوابقه وظروف وملابسات الواقعة ودوافع الجريمة . وللقاضى أن يحكم بعقوبة تعزيرية أو أكثر وأن يصعد بالعقوبة إلى حدها الأقصى، وله كذلك النزول إلى الحد الأدنى، وله أيضاً أن يوقف تنفيذ العقوبة بشروط معينة.

وللقاضى حرية التقدير فى هذه السلطة التخييرية الواسعة، وهذا مسلك سلطة الشارع الإسلامى قبل الشارع الوضعى بأكثر من أربعة عشر قرناً. ونود الإشارة إلى أن العقوبات المقدرة تعتبر حداً أقصى ، لحديث النبى ﷺ الصريح فى هذا المعنى " من بلغ حداً فى غير حد فهو من المعتدين" وأن أكثر الفقهاء يقرون التعزير على السنن الواضح فى ذلك بفتح باب القياس[4] .

---

(1) أ. عبد القادر عوده : التشريع الجنائى المرجع السابق ص ٦٨٧.
(2) المبسوط ج٩ ص٦١ ابن عابدين : ج٣ ص ٢٧٠ –٢٧٥ الفصول الخمسة عشر للاستروشنتى ص ٥٨.
(3)الإمام أبو زهرة: الجريمة والعقوبة ، جا، ص ١٩٣ وما بعدها .
(4) أ. عبد القادر عوده: المرجع السابق، ص ١٤٩.

وإذا ما قورنت سلطة القاضى فى القوانين الوضعية بسلطة القاضى فى الشريعة نجدها أضيق بكثير[1] وكثيراً ما يتعرض للحرج حيث يجد نفسه عاجزاً عن توقيع العقوبة التى تتلاءم مع الحالة المعروضة عليه ، ولعل هذا ما دعا كثيراً من شراح القوانين الوضعية بالمطالبة بتوسيع سلطات القاضى واقترح البعض حلاً للمشكلة أن لا ينص القانون على عقوبة كل جريمة بذاتها بل تعين الجرائم دون تعيين عقوباتها ، ثم تعين العقوبات التى يستطيع القاضى تطبيقها ويترك له اختيار العقوبة الملائمة لكل جريمة بعد تقرير ظروف الجريمة وظروف الجانى ، وهى ذات الطريقة المتبعة فى الشريعة لجرائم التعزير .

<u>ومن جانبنا نرى أن</u> :

هذه الصياغة التشريعية المتبعة فى الشريعة الإسلامية ينبغى أن تنقل إلى القوانين الوضعية وذلك لعلاج جمود النص وعدم مرونته وعدم ملاءمته فى بعض الأحيان لظروف وملابسات الواقعة، إذ تكون قد استحدثت ظروفاً وملابسات لم ينص عليها المشرع سلفاً فيتعطل تطبيق النص ومن ثم لا تطبق العقوبة ، وتهرب العدالة بهروب المتهم من القصاص .

بل هذا ما نعانيه بصدد جرائم الامتناع، إذ يعترف الشراح بجرائم الامتناع غير العمدية ، ولا يعترفون بجرائم الامتناع الغير عمدية ، وضابط هذا الاعتراف هو تحديد النص للجرائم غير العمدية بطريقة مرنة ومتسعة كما هو الحال فى جرائم القتل الخطأ وكما سبق أن بينا ، بينما نجد النصوص ضيقة فى الجرائم العمدية، ومن ثم عدم الاعتراف بالأفعال السلبية المؤدية إلى الجرائم العمدية وهى الأكثر خطورة.

الغصن الثالث: أقسام التعزير

<u>تمهيد</u> :

بينا فيما سبق أن الجريمة هى محظورة شرعاً زجر الله عنها بحد أو تعزير ، أى أن المحظور لا يكون جريمة إلا إذا شرعت له عقوبة وإلا فلا يكون جريمة، وهذا ما جعل جمهور الفقهاء إلى القول بأن الأصل[2] فى التعزير أن يكون فى كل معصية لا حد فيها ولا كفارة .

ولكن الشريعة تجيز استثناء[3] من هذه القاعدة أن يكون التعزير فى غير معصية ، أى فيما لم ينص على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزير، وذلك لأن الأفعال والحالات التى تدخل تحت نطاق هذا الاستثناء لا يمكن حصرها لكونها ليست محرمة لذاتها وإنما حرمت لوصفها ، فإذا توافر هذا الوصف (المحرم بالفعل أو بالترك) استحق الجانى العقاب والعكس صحيح ، وبمعنى آخر إذا ارتكب فعلاً أو تركاً يمس المصلحة العامة أو النظام العام بطريقة ضارة . أصبح لزاماً إنزال العقاب على الجانى (الفاعل أو الممتنع على السواء) وأيضاً يمكن التعزير على ارتكاب المخالفات كما هو الحال على ترك المندوب مثل فعل المكروه، وهذا ما سنوضحه بإيجار على النحو التالى :

<u>أولاً: التعزير على المعاصى</u> :

يجمع الفقهاء على التعزير بالنسبة للمعاصى والمعصية كما قلنا هى ترك الواجب (الامتناع) أو فعل المحرم، وذلك إذا لم تكن عقوبة مقدرة .

ومثال ذلك الامتناع عن أداء الزكاة وترك الصلاة وترك قضاء الدين وخيانة الأمانة ، والامتناع عن أداء الأمانات من دوافع أو أموال اليتامى ..... الخ .

---

(1) أ. عبد القادر عوده: المرجع السابق ، ص ١٤٩.
(2) د. عبد العزيز عامر: المرجع السابق، ص ٦٣.
(3) أ. عبد القادر عودة: المرجع السابق ص ١٥٠.

ومن قبيل ترك الواجب أيضاً عدم رد المغصوب وامتناع البائع عن البيع ما يؤدى إلى الاحتكار وإخفاء المعيب فى المباع (امتناع) وامتناع الشاهد عن الشهادة، وقال ابن رشد فيما يمتنع عن ولاية القضاء أنه يجبر عليه ولو أدى ذلك إلى الحبس والضرب، وعلة ذلك تركه لواجب مكلف به فإنه يرتكب معصية تستحق التعزير[1].

ثانياً: التعزير على المصلحة العامة :

علة التعزير على الإضرار بالمصلحة العامة استمدها الفقهاء فيما روى عن حبس رسول الله ﷺ رجلاً اتهم فى واقعة سرقة فأخرج أبو داود والترمذى والنسائى أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً فى تهمه ثم خلى عنه[2]. فيما أقبل رجلان من بنى غفار حتى نزلا بضنجتان من مياه المدينة وعندهما ناس من بنى غفار معهم ظهر لهم (أى بعير) فلما أصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من إبلهم أتهموا الغفاريين فأتوا رسول الله ﷺ فحبس أحد الغفاريين، وقال للآخر: اذهب فالتمس (يأمره بالبحث عن البعيرين) فما لبث إلا يسيراً وجاء بهما فخلى عنه النبى ﷺ ، وقال له استغفر لى ، فقال غفر الله لك يا رسول الله ، فقال ﷺ ولك وقتلك فى سبيله (أى الدعاء له بالموت والشهادة فى سبيل الله) ، وقد قتل يوم اليمامة .

ووجه الاستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية والرجل حُبس فى اتهام، وهذا العقاب فرضه الرسول ﷺ للمصلحة العامة والحرص على النظام العام ، وهذا يماثل الحبس الاحتياطى فى القوانين الوضعية لاستجلاء الحقيقة متى توافرت شروط الحبس الاحتياطى .

وأيضاً فيما روى عن عمر بن الخطاب فيما فعل بنصر بن حجاج عندما سمع بامرأة تذكره ليلاً فى شعرها فقام بتعزيره بحلق رأسه ثم النفى ، وذلك لأن هناك ضرراً بالأفراد والجماعة وذلك تطبيقاً لقاعدة فقهية الضرر يزال أو درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام ، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. وهذه القواعد ومثيلاتها تحرص على حماية النظام العام والعمل على دعمه وتثبت دعائمه.

ومفاد ذلك أن نظرية التعزير للمصلحة العامة هى نظرية عامة تسمح باتخاذ ثمة إجراء لحماية النظام العام أو الأمن العام بمفهومه الواسع وهى تتفق مع قواعد الشريعة .

ثالثاً: التعزير على ترك المكروه والمندوب :

اتفق الفقهاء على تعزير تارك الواجب أو فاعل المحرم لارتكابه معصية ، فما الأمر حيال ترك المندوب أو فعل المكروه؟ هل يعزر من عدمه ؟.

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة، فريق يرى التعزير واستدلوا على ذلك بفعل عمر بن الخطاب حينما شاهد رجلاً يقوم بإضجاع شاه لذبحها وتركها حتى يحد شفرته أولاً تاركاً الشاة على هذا الحال ، وهذا الفعل يعتبر مكروهاً، ومثله ترك المندوب ومع ذلك عزره ولى الأمر عمر بن الخطاب رضى الله عنه.

وفريق آخر يرى عدم جواز التعزير لأنه يوجد تكليفاً والتكليف ليس موجوداً فى الندب أو الكراهة، ومن ثم لا يستحق العقوبة وقد يستحق العقاب[3].

رأينا الخاص :

نتفق فيما ذهب إليه الأستاذ الدكتور عبد العزيز عامر بجواز التعزير على ترك المندوب وفعل المكروه لأن فى ذلك صلاحاً المجتمع، وهذا مقصد الشريعة من علاج السلبيات وتطهير المجتمع وتنقيته من كل ما يشوبه بدفع الضرر عنه

---

(1) ترك الواجبات ، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ٢ ، ص٣٦٦ .
(2) شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد عبد الواحد المعروف بابن الهمام جـ ٤ ، ص ١١٧.
(3) د. عبد العزيز عامر: المرجع السابق ، ص ٦٦ .

والحفاظ على نظامه العام ، ومن ثم فإننا نرى أنه إذا وقع الترك للمندوب أو فعل المكروه ماساً بمصلحة عامة أو بالنظام العام عوقب على الترك والإتيان على حد سواء.

المطلب الثالث
نظرية التعزير وجرائم الامتناع

تمهيد :

مقصد الشريعة الإسلامية رعاية مصالح الناس والعدل بينهم، وإن شريعة هذه غايتها تعتبر بحق مصدراً حياً لكل تشريع، وإن كل قانون يستنبط منها لهو قانون يصلح لكل عصر وبيئة[1].

وجرائم التعزير قد تكون جرائم منها اعتداء مباشر على المجتمع أو على أوامر الله ونواهيه كترك الزكاة والصلاة. وهى كثيرة ومتفاوتة تفاوتاً بيناً ولا يمكن حصرها . إلا أنه يمكن تقسيمها كما قسم قانون العقوبات الجرائم . فيعتبر الجرائم الصغيرة التى تقع على الكافة مخالفات، والجرائم التى تكون بالاعتداء على الأشخاص بالسب أو الضرب أو الاتهام الباطل من قبيل الجنح، وما زاد على ذلك يعد من قبيل الجنايات[2].

وإذا وقع الإتيان والترك، لأن العقاب فى هذه الحالة أساسه أن الفعل والترك ماس بالمصلحة العامة أو النظام العام[3].

وهذا غاية بحثنا، فإن جرائم التعزير كثيرة وغير متناهية لا يمكن حصرها، ومن بينها بطبيعة الحال جرائم الامتناع، والشريعة جاءت للمحافظة على الضروريات الخمس، ومن ثم ينبغى بيان قواعد نظرية التعزير فى الشريعة الإسلامية أولاً ثم تطبيق هذه النظرية على جرائم الامتناع .

الفرع الأول
مبادئ نظرية التعزير فى الشريعة الإسلامية

تمهيد :

التعزير في اصطلاح الفقهاء هو " تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود "[4] .

ونرى تعريف التعزير بأنه " العقوبة التى يقررها ولى الأمر أو القاضى من أجل معصية لم يرد فى شأنها حد أو قصاص أو دية " .

وجرائم التعزير هى " المعاصى التى قرر التعزير جزاء لها " .

ويتضح من هذا التعريف أن التعزير عقوبة لم تحددها النصوص الشرعية ، على نحو ما قررت الحدود والقصاص والدية ، وأن جرائم التعزير هى جرائم لم يقرر لها الشارع حداً أو قصاصاً أو دية ، وإنما يعاقب عليها بعقوبة يقدرها القاضى أو يحددها ولى الأمر تحديداً مجرداً .

وتقوم نظرية التعزير على عدة مبادئ هى :

أولاً: علة التعزير : [النصوص تتناهى ولكن مصالح العباد لا تتناهى]

التساؤل عن علة التعزير يعنى وضع التساؤل التالى ومحاولة الإجابة عليه : لماذا لم تجعل الشريعة الإسلامية كل الجرائم والعقوبات حدوداً ، بحيث تبين النصوص الشرعية على وجه الحصر والتحديد الأفعال التى تعد جرائم وتحدد لها فى

---

(1) د. عبد العزيز عامر: نظرية التعزير ، ص ٤٥٢.
(2) الإمام أبو زهرة: المرجع السابق، ص ١٢٥.
(3) أ. عبد القادر عودة: المرجع السابق ، ص ١٥٦.
(4) أ. عبد القادر عوده: المرجع السابق، ص ٦٨٥.

صورة محددة العقوبات المقررة لكل منها ؟ وهو ما تفعله التشريعات المعاصرة .

إن الإجابة على هذا التساؤل أجملها الفقهاء في قولهم " إن النصوص تتناهى ولكن مصالح العباد لا تتناهى[1] ، فمهما حصرت النصوص الأفعال التى تعد جرائم ، فإن التطور الذى يطرأ على المجتمع يكشف عن أفعال أخرى لم تجرمها هذه النصوص ، فلو كان بيان الجرائم على سبيل الحصر لاستحال العقاب على هذه الأفعال على الرغم من إضرارها بالمجتمع .

وللتوفيق بين الاعتبارات المختلفة ، فقد جرمت النصوص الشرعية الأفعال التى لا يثور خلاف حول وجوب تجريمها ، والتى يتعين تجريمها فى جميع العصور والأماكن، وقررت لها عقوبتها ، وهذه هى الحدود والقصاص والدية، وما عدا هذه الأفعال تركت تجريمه وتحديد عقابه لولى الأمر فى مجتمع إسلامى يقرره فى ضوء ظروف مجتمعه .

ولكن الشريعة لم تطلق يد ولى الأمر فى التجريم والعقاب، وإنما وضعت له ضوابط يلتزم بها ، سواء فيما يعتبره جريمة تعزيرية، وما يقرره لها من عقوبات تعزيرية، وهذه الضوابط إلزامية، كى لا ينحرف عن روح الشريعة ومبادئها الأساسية ، ولا يتخذ من سلطته فى التعزير سبيلاً إلى الاستبداد والظلم ، وإذا خرج ولى الأمر على هذه الضوابط ، فقد افتقرت نصوصه إلى السند الشرعى ، ولم يعد جائزاً نسبتها إلى النظام الشرعى الإسلامى .

ثانياً: تحديد نطاق جرائم التعزير [2] :

المجال الأساسى للتعزير هو على ما تقدم حيث تُرتكب معصية لم يقرر من أجلها حد أو قصاص أو دية .

ولكن مجال التعزير لا يقتصر على ذلك .

فإذا ارتكبت جريمة يقرر لها الشارع حداً ، وثبت أن الحد غير كاف لمواجهة جسامة الجريمة أو إثم الجانى جاز أن يضاف إليه التعزير ، كى يحقق مع الحد الجزاء الرادع للجريمة ، ومثال إضافة التغريب إلى الحد فى الزنا ، وإضافة تعليق اليد إلى قطعها فى السرقة .

وإذا ارتكبت جريمة تستوجب القصاص ثم عفا المجنى عليه أو وليه دون مقابل أو نظير دية ، جاز الحكم بعقوبة تعزيرية ، كى تحقق بمفردها أو بالإضافة إلى الدية الجزاء الرادع للجريمة .

وإذا ارتكبت جريمة تستوجب أداء دية ، وعفا المجنى عليه عنها أو حص عليها ؛ جاز توقيع عقوبة تعزيرية كى تحقق محل الدية أو بالإضافة إليها الجزاء الرادع للجريمة .

ويتضح بذلك أن للتعزير مجالاً رئيسياً ، يوقع فيه استقلالاً من أجل الجريمة ، وقد يكون له دور تكميلى يضاف إلى عقوبة أخرى أو يحل محلها كى يوقع من أجل الجريمة الجزاء الرادع عنها .

وقد يوقع التعزير دون أن ترتكب معصية ، ولكن لمواجهته " حالة خطرة " تنذر بجريمة يحتمل أن ترتكب فى مستقبل قريب ، ويقوم التعزير فى هذه الحالة بوظيفة التدبير الاحترازى ، أو " التدبير الوقائى " فى مصطلحات السياسة الجنائية المعاصرة ، ومثال ذلك نفى المخنث أو من يخشى افتتان النساء به ، وقد قضى عمر بن الخطاب رضى الله عنه

---

(1) وقد أوضح الإمام ابن تيمية الفكرة الأساسية فى جرائم التعزير ، فقال "المعاصى التى ليس فيها حد مقدر ولا كفارة ، كالذى يقبل المرأة الأجنبية ، أو يباشر بلا جماع ، أو يأكل ما لا يحل كالدم والميتة ، أو يقذف فى الناس بغير الزنا ، أو يسرق من غير حرز أو شيئاً يسيراً ، أو يخون أمانته ، كولاة أموال بيت المال ، أو الوقوف ، ومال اليتيم ، ونحو ذلك إذا خانوا ، أو يغش فى معاملته ، كالذين يغشون فى الأطعمة والثياب ونحو ذلك ، أو يطفف الكيل والميزان ، أو يشهد الزور أو يلقن شهادة الزور ، أو يرتشى فى حكمه ، أو يحكم بغير ما أنزل الله ، أو يعتدى على رعيته ، أو يتعزى بعزاء الجاهلية أو يلبى داعى الجاهلية إلى غير ذلك من أنواع المحرمات ، هؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلاً وتأديباً بقدر ما يراه الوالى ، على حسب كثرة ذلك الذنب فى الناس وقلته ، فإذا كان كثيراً زاد فى العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلاً ، وعلى حسب حال المذنب ، فإذا كان من المدمنين على الفجور زيدت عقوبته بخلاف أقل من ذلك ، وعلى حسب كثرة الذنب وصغره ، فيعاقب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم بما لا يعاقب به من لم يتعرض إلا لامرأة واحدة" . السياسة الشرعية ، ص ١٢٠. ومجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، ص ٣٤٣.

(2) د. محمود نجيب حسنى: الفقه الجنائى الإسلامى ، ص ٤٧.

بذلك على نصر بن حجاج .

لتحديد جريمة التعزير وعقوبتها أحد سبيلين :

إما أن يحددها القاضى ، وهو يفعل ذلك إذا تبين له أن الفعل يعتبر "معصية" شرعاً ، فيحدد له العقوبة التى يقدر ملاءمتها له ولظروف المتهم ، ويتخير القاضى هذه العقوبة وفقاً لضوابط شرعية من بين قائمة من العقوبات تقرها الشريعة ، وفى هذا السبيل ، لا يكون محل لتطبيق مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص " .

وإما أن يحددها ولى الأمر فى نصوص عامة مجردة ، بحيث يبين فى كل نص الجريمة التى يعاقب عليها ، ويحدد أركانها ، ويبين عقوبتها ، وينشأ بذلك " قانون عقوبات إسلامى " ، يلتزم به القاضى ، ويعنى ذلك إعمال مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص ، على نحو ما تقرره التشريعات المعاصرة، ويفترض الطابع الإسلامى لهذا القانون أن تتوافر فى الفعل الذى يجريه الضوابط التى تجعل منها "معصية" فى تقدير الشريعة ، وأن تتوافر فى العقوبة الشروط التى تجعل منها عقوبة شرعية .

ونتصور مذاهب وسطى بين هذين المذهبين : فقد يفرغ القانون نصوص التجريم فى عبارات واسعة تسمح للقاضى بسلطة تفسير متسعة ، تتيح له أن يستخلص أركان كل جريمة ، وقد يضع القانون نصوص تجريم متضمنة تحديداً دقيقاً لأركان الجريمة ، على نحو ما تتضمنه التشريعات المعاصرة ولكنه فى ذات الوقت يسمح للقاضى بالقياس عليها .

ونعتقد أن هذه المذاهب جميعاً لا تتعارض مع أصول الشريعة الإسلامية لأنه إذا كان يجوز الاعتراف للقاضى بشروط معينة بسلطة التجريم والعقاب فإنه يجوز من باب أولى لولى الأمر أن يورد على سلطة القاضى القيود التى يرى أن مصلحة المجتمع تقتضيها ، وهذه المرونة تذكر للشريعة الإسلامية ، إذ تتيح للشارع الوضعى فى المجتمع الإسلامى أن يقرر السياسة التشريعية التى يرى ملاءمتها لمجتمعه.

<u>ثالثاً: قيود سلطة التعزير</u> [(1)]:

ولى الأمر والقاضى لا يتمتعان بسلطة مطلقة فى مجال التعزير ، إذ لو أطلقت هذه السلطة لقام الاحتمال بسوء استعمالها ، وخشى أن تكون باباً للعسف والاستبداد ، الأمر الذى لا يتفق مع مقاصد الشريعة .

والقيود التى ترد على سلطة التعزير ذات شقين : قيود تتعلق بالفعل الذى يستوجب التعزير ، وقيود تتصل بتحديد ما يصلح أن يكون عقوبة تعزيرية .

<u>الشق الأول : الفعل الذى يستوجب التعزير</u> :

يشترط فى الفعل الذى يستوجب التعزير، أى تقوم به "الجريمة التعزيرية" ، أن يتوافر فيه شرطان : أن يكون "معصية" ، وأن يكون صالحاً للإثبات قضاء .

(أ) اشتراط أن يكون الفعل معصية : يشترط أن يكون الفعل الذى توقع من أجله العقوبة التعزيرية "معصية" لأنه إذا لم يكن كذلك لكان مجالاً مباحاً للأفراد ، يحق لهم إتيانه دون أن يحاسبوا على ذلك .

ويراد بالمعصية "عصيان أوامر الله تعالى ونواهيه" . وهذه الأوامر والنواهى قد ترد فى نص شرعى من الكتاب أو السنة ، وقد تستخلص من روح الشريعة ومبادئها العامة.

والمعصية قد تتمثل فى فعل إيجابى فتكون إخلالاً بنهى، مثال ذلك التزوير والرشوة وخيانة الأمانة، وقد تتمثل فى امتناع فتكون إخلالاً بأمر، كعدم الوفاء بالدين، أو عدم أداء الزكاة الواجبة شرعاً.

وقد تكون المعصية عدواناً على حق لفرد، كعدم أداء الدين، وقد تكون عدواناً على حق الله تعالى ، كترك الصلاة، وقد يجتمع فيها الاعتداء على الحقين، كالرشوة.

---

(1) د. محمود نجيب حسنى ، الفقه الجنائى الإسلامى ، ص ٥٢.

وقد تكون المعصية من جنس الفعل الذى يستوجب الحد أو القصاص ولكن لم تستوف شروط توقيعه، كما لو وجدت "شبهة" تحول دون توقيع الحد، أو كان المال المسروق دون النصاب، أو لم يكن فى حرز مثله، أو عفا ولى الدم فى القتل عن الجانى. وقد تقوم المعصية بفعل مختلف عن الأفعال التى تستوجب الحد أو القصاص ، كالتزوير أو الرشوة .

وقد يرتكب المعصية موظف عام كالرشوة أو ظلم القاضى فى قضائه ، أو قبض رجل السلطة العامة على شخص دون حق، وقد يرتكبها فرد عادى كخيانة الأمانة أو ترك الصلاة أو الزكاة أو سرقة مال دون النصاب أو من غير الحرز أو السب .

(ب) اشتراط أن يكون الفعل صالحاً للإثبات قضاء : يشترط أن يكون الفعل الذى تقوم به الجريمة التعزيرية صالحاً لأن يقوم الدليل على ارتكابه وما أحاط به من ظروف وملابسات أمام القاضى ، بحيث يستطيع أن يحصل اقتناع يطمئن إليه ضميره بتحقق ماديات الجريمة . ويتعين أن يكون ذلك ممكناً بأسلوب لا تنتهك به الحرمات أو يعتدى فيه على حقوق الإنسان أو تمتهن فيه الكرامة البشرية للمتهم، ذلك أن الشريعة فى روحها ومبادئها تحرص على صيانة الحقوق السابقة، ولا تقبل أن يكون انتهاكها أسلوبا لعمل القضاء.

ويقتضى ذلك أمرين:

الأول : ألا يكون سبيل الكشف عن الجريمة هو التجسس على الحياة الخاصة للأفراد، ذلك أن التجسس منهى عنه فى قوله تعالى:﴿ ولا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا﴾.

والثانى : أن يكون الدليل الذى يعتمد عليه القاضى فى الإدانة دليلاً قطعياً جازماً ، وبناء على ذلك لا يجوز الاعتماد على محض شبهات أو دلائل ، أو مجرد ظنون ، فقد نهى رسول ﷺ عن الاحتكام إلى الظنون وما يتفرع عنها من شبهات ، فقال : "إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً ، وكونوا عباد الله إخواناً" .

الشق الثانى : ضابط العقوبة التعزيرية :

توسع الشارع فى تحديد العقوبات التعزيرية، فأجاز عدداً كبيراً منها، فيجوز أن يكون الإعدام والحبس والجلد والغرامة والنفى عقوبات تعزيرية[1]. وعلة هذا التوسع هو تنوع الجرائم التعزيرية واختلافها فى جسامتها، ومن ثم يتعين أن تتعدد العقوبات، حتى يمكن أن ينتقى لكل جريمة العقوبة الملائمة لها عدالة . وبناء على ذلك ، فإنه إذا وضع ولى الأمر قائمة بالجرائم التعزيرية، كان له أن يقرر فى شأنها السياسية العقابية التى يرتضيها فى ضوء مصلحة مجتمعة، وتقديره لاعتبارات العدالة والردع عن الأفعال الضارة بالمجتمع. وإذا خول القاضى سلطة التجريم والعقاب كانت له سلطة اختيار العقوبة التى يراها ملائمة لظروف الجريمة والمتهم .

ولكن هذه السلطة – فى صورتيها التشريعية والقضائية – لها حدودها. وتتمثل هذه الحدود فى صورة ضوابط يسترشد بها الشارع والقاضى فى تقرير هذه العقوبات .

وفيما يلى أهم الضوابط :

أولاً: يتعين أن تكون العقوبات التعزيرية أقل جسامة من عقوبات الحدود، وذلك لأن الجرائم التعزيرية أقل جسامة من جرائم الحدود. ويرى بعض الفقهاء ألا تجاوز عقوبة الجلد إذا وقعت تعزيراً أدنى مقدار لعقوبة الجلد إذا وقعت حداً، فلا تجاوز ثمانين جلدة باعتبار ذلك عقوبة الشرب ، وقيل لا تجاوز أربعين باعتبارها فى بعض الآراء عقوبة الشرب.

ثانياً: إذا كانت الجريمة التعزيرية تقوم بفعل هو من جنس الفعل المقرر من أجله الحد، ولكنه أقل منه جسامة، أو لم تتوافر بالنسبة له شروط الحد، فإنه يتعين أن تكون عقوبته أقل من عقوبة الحد. وسند ذلك قول رسول الله ﷺ : "من بلغ حداً فى غير حد، فهو من المعتدين" . وتطبيقاً لذلك ، فإنه لا يجوز توقيع عقوبة الحد من أجل فعل لم تتوافر له شروط توقيع هذه العقوبة. فإذا عاقب ولى الأمر أو القاضى على فعل مخل بالحياء دون الزنى، كالتقبيل أو العناق، تعين أن

---

(1) سند جواز اعتبار الإعدام عقوبة تعزيرية هو قول الرسول ﷺ " وستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهى جميع، فاضربوه بالسيف ، كائناً من كان" .

تكون عقوبته دون عقوبة الزنى، وإذا عاقب على القذف بغير الزنا أو السب أو الإهانة تعين أن تكون عقوبته دون عقوبة القذف بالزنى، وإذا عاقب على السرقة التى لم تتوافر لها شروط الحد أو عاقب على النصب أو خيانة الأمانة فلا يجوز أن تكون هذه العقوبة هى القطع.

ثالثاً: يثور التساؤل عن مدى جواز إقرار الشريعة الإسلامية للضوابط التى تقول بها السياسة العقابية الحديثة فى انتفاء العقوبات التى تعترف بها ؟

وفيما يلى بيان هذه الضوابط :

لا يجوز الاعتراف بعقوبة تحرج الشعور العام ، وتتصف بالبشاعة، ومن ثم لا تعبر عن فكرة الجزاء العادل كما استقرت فى ضمير الشخص المعتاد ، وبناء على ذلك لا يجوز الاعتراف بعقوبة القتل بتقطيع الأوصال أو بالتحريق بالنار أو الإغراق ، ولا يجوز إقرار إعدام بعض الحواس ، أو عقوبة وصم المتهم بعلامات بالحديد المحمى تدل على نوع جريمته . ويتعين الاقتصار على العقوبات التى تصادف محلاً فى كل إنسان ، ذلك أن الجريمة قد يرتكبها أى شخص ، فيتعين أن يكون ممكناً توقيعها عليه ، أما العقوبات التى لا يتوافر فيها هذا الشرط ، فمن شأنها ألا يعاقب بعض مرتكبى الجرائم التى قررت لها هذه العقوبات .

ويتعين الاقتصار على العقوبات التى تقبل التدرج والتجزئة ، وذلك حتى يستطاع تحديد مقدارها بحيث يناسب ظروف الحالة التى توقع من أجلها . ويتعين الاقتصار على العقوبات التى يمكن أن يوقف تنفيذها على من حكم بها عليه ، وبدئ فى تنفيذها ، أو اتضح أثناء التنفيذ أنه لم يرتكب الجريمة ، أو توافر له سبب مانع من مسئوليته أو من عقابه ، وأنه كان بذلك "ضحية خطأ قضائى" ، أو إذا أريد العفو عنه .

نعتقد أن هذه الضوابط سليمة فى ذاتها وهى لا تعارض روح الشريعة الإسلامية ومبادئها الأساسية ، بل إنها لتتسق معها ، باعتبارها تتجه إلى تحقيق اعتبارات العدالة والردع فى العقاب على الجرائم التعزيرية وهو ما تحرص عليه الشريعة الإسلامية .

رابعاً : سلطة القاضى اختيار وتقدير :

مما سبق يتبين أن الشريعة ونصوصها تبين الجرائم بصفة عامة، ومنها بطبيعة الحال جرائم الامتناع، وكذا العقوبات ، وسلطة القاضى تنحصر فى تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه مراعياً حالة الجريمة وحالة المجرم، أى الظروف والملابسات المحيطة بالجريمة والجانى . وهذا يستتبع بطبيعة الحال توسيع سلطته التخييرية فى اختيار العقوبة الملائمة. فله أن يعاقب المتهم بالتوبيخ أو التهديد أو الغرامة المالية أو الحبس، وله أيضاً أن يمضى فى العقوبة وأن يوقف تنفيذها. والقاضى له أن يستعين فى تحقيق أغراض العقوبة على وجهها السليم بدراساته ومشاهداته وتجاربه، وله أن يستعين بالخبراء الفنيين .

وفى المقابل نجد أن سلطة القاضى فى القوانين الوضعية - وإن جعلت للقاضى الاختيار بين عقوبتين أو توقيعهما معاً وله أن يوقف تنفيذ العقوبة أو يخففها بشروط معينة - إلا أنها لا تزال أضيق بكثير من سلطة القاضى فى الشريعة الإسلامية . مما وجد نفسه كثيراً فى حرج لعجزه عن توقيع العقاب المناسب . مما دعا الكثير من علماء القانون إلى حل هذه المشكلة بعدم النص على عقوبة كل جريمة بل تعيين الجرائم، وبمعنى أن يبين المشرع الأفعال التى يعاقب عليها إجمالاً وهى المعاصى التى ليست لها عقوبات مقدرة دون تعيين عقوباتها، ثم تعيين العقوبات التى يستطيع القاضى تطبيقها ، ويترك له اختيار العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف وملابسات ارتكاب الجريمة وحالة المجرم وقت الارتكاب .

وفى رأينا :

إن هذه الطريقة هى الأنسب لمعالجة القصور التشريعى الممثل فى عدم مرونة النص فى جرائم الامتناع بصفة خاصة . بل وفى الجرائم الإيجابية بصفة عامة ، لأنها جعلت للقاضى دوراً لا يقل أهمية عن دور المشرع ، حيث قال العلامة الفقيه الدكتور السنهوري إذا كان الفقه هو المظهر العلمى للقانون فإن القضاء هو المظهر العملى للقانون . فإن لم

يقوم بدورهما قد القانون الخير .

التعزير فى السياسة الشرعية المعاصرة :

قدمنا أن الشريعة الإسلامية اتسمت بالمرونة فى شأن جرائم التعزير وعقوباتها ، وأفسحت صدرها لضروب من السياسة الشرعية فى ذلك : فأجازت أن يعهد إلى القاضى بتحديد الأفعال التى تعتبر جرائم تعزيرية وتقرير العقوبة التى يراها ملائمة لكل منها ، ولا يناقض مبادئها على ما قدمنا أن يتولى ولى الأمر وضع نصوص التجريم وتقرير العقوبات لكل جريمة ، وقد يصطحب ذلك إعطاء القاضى سلطة القياس على هذه النصوص ، وفى ظل هذه المرونة يستطيع الشارع الوضعى فى المجتمع الإسلامى أن يتخير السياسة التى تلائم ظروف مجتمعه ، وما يسود فيه من قيم وأفكار .

وإذا كان المجتمع الإسلامى فى عصوره المبكرة قد خول القاضى سلطة التعزير فقد كان لذلك ما يبرره من قرب القضاء من عهد رسول الله (ﷺ) وعمق إلمامهم بروح الشريعة وأصولها وقواعدها ، وذلك بالإضافة إلى أن الجرائم التعزيرية كانت بطبيعتها محدودة فى هذا المجتمع لالتزام غالبية الناس بأحكام الشريعة ، وبساطة الحياة فيه ،وقلة المشاكل التى تثور فيه ، أما المجتمع الإسلامى الحديث فيختلف فى كل ما تقدم وخاصة من حيث عدد وأهمية الأفعال التى يتعين تجريمها لتعقد الحياة ، وكثرة المشاكل بالإضافة إلى اتساع رقعة الدولة الحديثة ، والحاجة إلى توحيد الحلول التشريعية والقضائية ، إعمالاً لمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون والقضاء ، لذلك نرى أن الأدنى إلى المصلحة العامة أن يضع الشارع الوضعى فى المجتمع الإسلامى الحديث تقنيناً بالجرائم التعزيرية التى يرى أنه يتعين العقاب عليها وفق سياسته التشريعية التى يستلهما من ظروف مجتمعه ، ملتزماً الضوابط التى قررتها الشريعة فى شأن التعزير .

الفرق بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجنائية الوضعية المعاصرة :

يتضح هذا الفرق فى أن هذه التشريعات تنتهج أسلوب البيان الحصري للجرائم والعقوبات ، وذلك خلافاً للسياسة الشرعية التى سبق بيانها .

وتفسير هذا الفارق أن الشريعة الإسلامية موجهة إلى كل المجتمعات الإسلامية على اختلاف عصورها وأماكنها وبالإضافة إلى ذلك ، فإن تعديل نصوصها غير متصور ، وبناء على ذلك فقد اقتصرت هذه النصوص على ما يتعين تجريمه فى جميع العصور والأماكن ، وتركت ما عدا ذلك لكل مجتمع على حدة .

وعلى خلاف ذلك ، فإن كل تشريع وضعى يصدر ليطبق فى مجتمع معين له ظروفه المعروفة لمشرعه ، ومن ثم يسهل وضع التشريع الملائم له من حيث ظروفه، وبالإضافة إلى ذلك فإن من الميسور دائماً تعديل التشريع الوضعى ليلائم اى تغير يطرا على ظروف المجتمع .

ومجمل القول فى تأصيل الفروق بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية أن الشريعة أبدية وعالمية ، فقد صدرت لتطبق فى كل زمان ومكان ، ومن ثم تعين أن يكون فيها ذلك الجزء الدائم والعام الذى يتعين تطبيقه فى كل مجتمع إسلامى ، لأنه يمثل جانباً متصلاً بالأصول الأولى للحضارة الإسلامية ، ومن ثم لا يتصور أن يتخلى عنه أى مجتمع إسلامى. وإلى جانب ذلك ، يوجد ذلك الجزء الذى ليست له الأهمية السابقة ، ومن ثم جاز أن يختلف ما بين مجتمع إسلامى له ظروف زمنية ومكانية معينة ومجتمع آخر ذى ظروف مختلفة ، وعلى خلاف ذلك ، فإن كل تشريع وضعى يرتبط تطبيقه بحدود زمنية ومكانية معينة ، ويراعى فى وضعه ارتباطه بظروف مجتمع معين ، ومن ثم كان متصوراً أن يختلف فى بعض نصوصه ما بين مجتمع وآخر .

دور المحكمة الدستورية العليا فى الرقابة الشرعية على نصوص التجريم والعقاب فى مجال الجرائم التعزيرية:

بالإضافة إلى الدور الذى تقوم به المحكمة الدستورية العليا فى الرقابة على دستورية نصوص القانون ، وهو دور يتعين أن يستمر فى المجتمع الإسلامى الحديث ، إذ لابد أن يكون لهذا المجتمع "دستور" مستلهم من أصول الشريعة

الإسلامية ، وإن كان متعيناً كذلك أن يتبنى المبادئ الدستورية الحديثة التي يثبت أنها لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية ، وللمحكمة الدستورية العليا دورها التقليدي ، إذ لها أن تقرر عدم دستورية نص التجريم والعقاب الذي يخالف أحكام هذا الدستور .

ولكن يتعين أن يكون للمحكمة الدستورية العليا دورها كذلك في رقابة نصوص التجريم والعقاب في مجال التعزير ، فإذا تبين أن نص التجريم قد خالف الأصول التي قررتها الشريعة الإسلامية في هذا المجال ، كما لو عاقب على فعل لا يعتبر معصية ، أو على فعل لا يصلح للإثبات قضاء ، أو قرر عقوبة لا تتوافر لها الشروط المتطلبة في العقوبة التعزيرية ، كان للمحكمة أن تقرر عدم جواز تطبيقه .

الفرع الثاني

تطبيق نظرية التعزيز على جرائم الامتناع

أولاً: الشريعة لم تنص على كل جرائم الامتناع :

لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضاراً بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام[1].

وعلى هذا يمكن القول بأن الشريعة لم تنص على كل جرائم الامتناع مثلما لم تنص على كل جرائم التعزير. وإنما المعيار الدائم للتجريم هو كل ما يضر بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام سواء، تم ذلك بفعل إيجابي أو سلبي، سواء وافق النموذج القانوني أو لم يوافق . وهذا مسلك فريد للشريعة الإسلامية في التجريم أولاً ثم فرض العقوبات ثانياً.

وقد انفردت الشريعة الإسلامية في التعزير بنظام يترك فيه تحديد العقوبة كماً وكيفاً إلى القاضي وهو يحكم في كل حالة تعرض عليه طبقاً لما يظهر لديه من الظروف المختلفة لكل جريمة وطبقاً لحالة المجرم ونفسيته ودرجة ميله إلى الإجرام . فالشريعة في هذا الإطار لم تتحيز إلى الجريمة فقط، أو إلى النموذج القانوني للجريمة وأهملت جانب المجرم، بل توسطت فأدخلت في الاعتبار حالة الجريمة والمجرم والظروف المحيطة بهما، مع ترك الحرية الكاملة للقاضي في إنزال العقاب الملائم والمناسب[2].

وهذا المعيار يتسم بالمرونة والاتساع ليشمل دائرة التجريم، سواء تم ذلك بفعل إيجابي أو سلبي، ويراعي الظروف والملابسات المحيطة لارتكاب كل جريمة على حدة من زاويتين: الأولى هي حالة الجريمة والثانية هي حالة المجرم وميوله الإجرامية من عدمها .

كما أن هذا المعيار لا يصطدم بشرعية الجرائم (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) . لأن الجرائم محددة سلفاً وهي كل ما يضر بمصلحة الفرد أو الجماعة أو النظام العام، والعقوبات مقدرة سلفاً ولكن بدرجات متفاوتة تبدأ من التوبيخ حتى تصل إلى القتل في جرائم التعزير، وذلك استناداً لحديث النبي ﷺ "من جاءكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يفرق جماعتكم فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان" . وسئل رسول (ﷺ) عن من لم ينته (يمتنع) عن شرب الخمر فقال : من لم ينته عنها فاقتلوه. فأمر بقتله عند عدم الانتهاء تعزيراً لا حداً[3] .

ثانياً: قاعدة سد الذرائع وجرائم الامتناع :

لهذه القاعدة ارتباط وثيق بجرائم الامتناع ، فمعنى هذه القاعدة وتطبيقاتها يشمل جرائم الامتناع . معنى القاعدة أن

---

(1) أ.عبد القادر عودة: المرجع السابق، ص ١٢٧ .
(2) د. عبد العزيز عامر: المرجع السابق، ص ٤٥٠.
(3) حسن الخطيب: فقه الإسلام ، المرجع السابق ، ص٣٨٢.

الفعل السالم عن المفسدة متى كان وسيلة للمفسدة منع منه . فالذريعة ما ظاهره الإباحة ولكنه يفضي إلى فعل المحظور[1].

ويترتب على هذه القاعدة كثير من الأحكام مثل النهى عن خلو المرأة بالرجل والنهى عن الحفر بالطريق العام خشية هلاك المسلمين .

وتطبيقات هذه القاعدة كثيرة وتتسع لتشمل جرائم الامتناع لذا قد تعرضنا لها، حيث أغلب جرائم الامتناع تكون من جرائم التعزير .

ولقد أحسن ابن القيم وأنعم ، وأحاط بتلك القاعدة إحاطة العالم المحقق ، ولنفاسة بحثه فيها آثرنا أن نذكره هنا ملخصاً ، حرصاً على تمام النفع والإفادة :

عرف ابن القيم الذريعة بأنها ما كانت وسيلة وطريقاً إلى الشيء ، وقال ما خلاصته:

لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضى إليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصى فى كراهتها والمنع منها إنما هو بحس إفضائها إليها ، وارتباطها بها ، كذلك وسائل الطاعات والقربات فى محبتها والإذن فيها ، بحسب إفضائها إلى غايتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلاهما مقصود ، لكنه هو مقصود قصد الغايات ، وهى مقصودة قصد الوسائل ، فلا مناص إذا حرم الشارع شيئاً ، أن يحرم الوسائل والطرق المفضية إليه ، تحقيقاً لتحريمه ، وتثبيتاً له ، ومنعاً أن يقرب حماه ، ولو أنه أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم ، وإغراء للنفوس به .

ثم قسم الوسائل أربعة أقسام :

الأول : وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة، كشرب المسكر المفضى إلى مفسدة السكر، وكالقذف المفضى إلى مفسدة الفرية، والزنا المفضى إلى اختلاط الماء، وفساد الفراش، ونحو ذلك. فهذه أقوال وأفعال وضعت مفضية لهذه المفاسد، وليس لها ظاهر غيرها، ولهذا جاءت الشريعة بالمنع من هذه الوسيلة تحريماً، أو كراهة بحسب درجتها فى المفسدة .

الثانى : وسيلة مباحة فى ذاتها ، قصد بها التوسل إلى المحرم أو المفسدة ، كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل، أو يعقد البيع قاصداً به الربا .

الثالث : وسيلة مباحة فى ذاتها ، أو مستحبة لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة ، لكنها مفضية إليه غالباً ومفسدتها أرجح من مصلحتها ، كمن يصلى تطوعاً بغير سبب فى الأوقات التى نهى عن الصلاة فيها ، أو بسب آلهة المشركين بين اظهرهم ، أو يصلى بين يدى القبر لله، وكتزين المتوفى عنها زوجها فى زمن عدتها .

الرابع : وسيلة موضوعة للمباح ، وقد تفضى إلى المفسدة، ولكن مصلحتها أرجح من مفسدتها ، كالنظر إلى المخطوبة ، والمشهود عليها ، وفعل ذوات الأسباب (من الصلوات) فى الأوقات المنهى عنها على رأى من سوغه من العلماء ، والتكلم بكلمة الحق عند سلطان جائر. هذا القسم جاءت الشريعة- كما يقول ابن قيم الجوزية – بإباحته ، أو استحبابه ، أو إيجابه ، بحسب درجته فى المصلحة .

وسوف نورد منها الوجوه الآتية :

١- قوله تعالى ﴿ وَلاَ تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾[2] فحرم الله تعالى سب آلهة المشركين مع كون السب غيظاً وحمية لله وإهانة لآلهتهم، لكونه ذريعة إلى سبِّ الله تعالى .

٢- قوله تعالى ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ ﴾[3] فمنعهن من الضرب بالأرجل وإن كان جائزاً فى نفسه لئلا يكون سبباً إلى سمع الرجال صوت الخلخال فيثير ذلك دواعى الشهوة منهم إليهن .

٣- إن الله تعالى حرم الخمر لما فيها من المفاسد الكثيرة المترتبة على زوال العقل وهذا ليس مما نحن فيه، لكن حرم القطرة الواحدة منها وحرم إمساكها للتخليل، ونجسها لئلا تتخذ القطرة ذريعة إلى الحسوة، وتتخذ إمساكها للتحليل

---

(1) ابن القيم : إعلام الموقعين ، جـ٣ ، ص ١١٩.
(2) سورة الأنعام ، الآية ١٠٨ .
(3) سورة النور ، الآية ٣١ .

ذريعة إلى إمساكها للشرب ، ثم بالغ فى سد الذريعة فنهى عن الخليطين .

٤- حرم الخلوة بالأجنبية ولو فى قراءة القرآن والسفر بها ولو فى الحج وزيارة الوالدين سداً لذريعة ما يحاذر من الفتنة وغلبات الطباع.

٥- نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن يجمع الرجل بين سلف وبيع : ومعلوم أنه لو أفرد أحدهما عن الآخر صح : وإنما ذلك لأن اقتران أحدهما بالآخر ذريعة إلى أن يقرضه ألفا ويبيعه سلعة تساوى ثمانى مائة بألف أخرى فيكون قد أعطاه ألفا وسلعة بثمان مائة ليأخذ منه ألفين وهذا هو معنى الربا فانظر إلى حمايته الذريعة إلى ذلك بكل الطرق .

٦- أن الوالى والقاضى والشافع ممنوع من قبول الهدية، وهو أصل فساد العالم، وإسناد الأمر إلى غير أهله وتولية الخونة والضعفاء والعاجزين، وقد دخل بذلك من الفساد مالا يحصيه إلا الله، وما ذاك إلا لأن قبول الهدية ممن لم تجر عادته بمهاداته ذريعة إلى قضاء حاجته، وحبك الشئ يعمى ويصم، فيقوم عنده شهوة لقضاء حاجته مكافأة له مقرونة بشره وإغماض عن كونه لا يصلح .

٧- أن السنة مضت بأنه ليس للقاتل من الميراث شيء إما عمدا كما قال مالك، وإما مباشرة كما قال أبو حنيفة، وأما قتلاً مضموناً بقصاص أودية أو كفارة، وإما قتلاً بغير حق، وإما قتلاً مطلقاً كما هى أقوال فى مذهب الشافعى وأحمد والمذهب الأول، وسواء قصد القاتل أن يتعجل الميراث أو لم يقصده فإن رعاية هذا القصد غير معتبرة فى المنع وفاقا.

٨- أن الشريعة منعت من قبول شهادة العدو على عدوه لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى بلوغ غرضه من عدوه بالشهادة الباطلة .

٩- أمر الملتقط أن يشهد على اللقطة وقد علم أنه أمين، وما ذلك إلا ذريعة الطمع والكتمان ، فإذا بادر وأشهد كان احسم لمادة الطمع والكتمان وهذا أيضاً من ألطف أنواعها .

١٠- إن الرسول صلوات الله عليه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه أو يستام على سوم أخيه أو يبيع على بيع أخيه وما ذاك إلا أنه ذريعة إلى التباغض والتعادى، فقياس هذا أنه لا يستأجر على إجارته ولا يخطب ولاية ولا منصباً على خطبته .

١١- أنه نهى عن الجلوس بالطرقات وما ذاك إلا لأنه ذريعة إلى النظر إلى المحرم فلما أخبروه أنه لابد لهم من ذلك قال أعطوا الطريق حقه قالوا وما حقه قال غض البصر وكف الأذى ورد السلام .

١٢- أنه نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى تنقل عن مكانها ، وما ذاك إلا أنه ذريعة إلى جحد البائع البيع وعدم إتمامه إذا رأى المشترى قد ربح فيها فيغره الطمع وتشح نفسه بالتسليم كما هو الواقع .

١٣- أنه أمر أن يفرق بين الأولاد فى المضاجع وأن لا يترك الذكر ينام مع الأنثى فى فراش واحد لأن ذلك قد يكون ذريعة إلى نسج الشيطان بينهما المواصلة المحرمة بواسطة اتحاد الفراش، ولاسيما مع الطول، والرجل قد يعبث فى نومه بالمرأة فى نومها إلى جانبه وهو لا يشعر وهذا أيضاً من ألطف سد الذرائع .

١٤- أنه نهى أن يورد ممرض على مصح لأن ذلك قد يكون ذريعة إما على أعدائه وإما إلى تأذيه بالتوهم والخوف وذلك سبب إلى إصابة المكروه له.

١٥- أنه نهى عن الاحتكار وقال "لا يحتكر إلا خاطئ" فإنه ذريعة إلى أن يضيق على الناس أقواتهم ولهذا لا يمنع من احتكار ما لا يضر الناس .

١٦- أنه نهى عن منع فضل الماء لئلا يكون ذريعة على منع فضل الكلأ، كما علل به فى نفس الحديث فجعل منعه من الماء مانعاً من الكلأ، لأن صاحب المواشى إذا لم يمكنه الشرب من ذلك الماء لم يتمكن من المرعى الذى حوله .

١٧- أنه نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها لئلا يكون ذريعة إلى أكل مال المشترى بغير حق إذا كانت معرضة للتلف وقد يمنعها الله، وأكد هذا الغرض بأن حكم للمشترى بالجائحة إذا تلفت بعد الشراء الجائز ، كل هذا لئلا يظلم

المشترى ويؤكل ماله بغير حق.

١٨- قال الإمام أحمد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح فى الفتنة، ولا ريب أن هذا سد لذريعة الإعانة على المعصية، ويلزم من لم يسد الذرائع أن يجوز هذا البيع كماصر حوابه ، ومن المعلوم أن هذا البيع يتضمن الإعانة على الإثم والعدوان، وفى معنى هذا أكل بيع أو إجارة أو معاوضة تعين على معصية الله كبيع السلاح للكفار والبغاة وقطاع الطريق وبيع الرقيق لمن يفسق به أو يؤاجره بذلك، أو إجارة داره أو حانوته أو خانه لمن يقيم فيها سوق المعصية، وبيع الشمع أو إجارته لمن يعصى الله عليه، ونحو ذلك مما هو إعانة على ما يبغضه الله ويسخطه ، ومن هذا عصر العنب لمن يتخذه خمراً وقد لعنه رسول الله (ﷺ) هو والمعتصر معاً، ويلزم من لم يسد الذرائع أن لا يلعن العاصر وأن يجوز له أن يعصر العنب لكل أحد، ويقول القصد غير معتبر فى العقد والذرائع غير معتبرة ونحن مطالبون فى الظواهر والله يتولى السرائر .

الخلاصة :

١- كما قال ابن القيم فى باب سد الذرائع أحد أرباع التكليف فإنه أمر ونهى. والأمر نوعان (أحدهما) مقصود لنفسه و(الثانى) وسيلة إلى المقصود، والنهى نوعان: أحدهما ما يكون المنهى عنه مفسدة فى نفسه. والثانى ما يكون وسيلة إلى المفسدة، فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين. ومعنى ذلك أن كل ما يؤدى إلى الحرام فهو حرام.

وعلى ذلك يمكن القول أن كل امتناع أدى إلى نتيجة محظورة شرعاً كان مُجرماً. وهذا مسلك فريد فى الشريعة الإسلامية لم نجده فى القواعد الوضعية، إذ اهتمت بوضع نماذج قانونية لتجريم بعض الأفعال المؤدية إلى نتائج إجرامية. فإن تطابقت الواقعة المعروضة على النماذج القانونية من حيث التجريم طُبق النص القانونى .

فإذا لم يتم التطابق من حيث انطباق النتيجة مثلاً وعدم انطباق الفعل المؤدى للجريمة كان هذا الخلل فى الصياغة التشريعية. أو العكس وبمعنى آخر هو اهتمام الشريعة الإسلامية بالنتائج المجرمة أولاً وما يؤدى إليها ثانياً، بينما العكس فى القوانين الوضعية .

٢- قاعدة سد الذرائع وتطبيقاتها شملت العديد من جرائم النهى فى الشريعة الإسلامية وهى ما تتشابه مع جرائم الامتناع، مع مراعاة الفرق بينها، إذ النهى هنا عن فعل مجرم، والامتناع هو ترك واجب أو مندوب إليه، ومن ثم فيمكن القياس بينهما فى جرائم التعزير التى توجب التوسع فى القياس، وهذا بخلاف جرائم الحدود والقصاص فلا يجوز القياس بها، لأن الاجتهاد أوسع وأشمل فى جرائم التعزير وكما هو معلوم لا اجتهاد مع النص.

ثالثاً: تطبيقات نظرية التعزير على جرائم الامتناع فى الشريعة الإسلامية :

١- التعزير على ترك الجهاد :

لقد عاقب رسول الله (ﷺ) الثلاثة الذين خلفوا فى غزوة تبوك بالهجر إذ أمر الناس باعتزالهم ، فقد روى البخارى ومسلم فى قصة هؤلاء الثلاثة الذين خلفوا فى غزوة تبوك وهم هلال بن أمية ، وكعب بن مالك ، ومرارة بن الربيع أن رسول الله (ﷺ) قد أمر بهجرهم ثم أمر نساءهم بمثل ذلك، وظلت هذه العقوبة مطبقة حتى نزل قول الله تعالى فيهم ﴿ وَعَلَى الثَّلاثَةِ الَّذِينَ خُلِّفُوا حَتَّى إِذَا ضَاقَتْ عَلَيْهِمُ الأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ وَضَاقَتْ عَلَيْهِمْ أَنفُسُهُمْ وَظَنُّوا أَن لاَّ مَلْجَأَ مِنَ اللَّهِ إِلاَّ إِلَيْهِ ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا إِنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ﴾[1] .

وكذلك فقد فعل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه إذ أمر الناس بهجر صبيغ بن عسل حتى أخبر عمر بحسن توبته فخلى بين الناس وبينه[2].

---

(1) سورة التوبة، الآية ١١٨.

(2) الحسبة لشيخ الإسلام ابن تيمية، ص ٤٠.

والمراد بالهجر كعقوبة هو مقاطعة المحكوم عليه به وعدم معاملته أو الاتصال به بأى طريقة كانت ، وقد يكون الهجر عقوبة تبعية أو إضافية كما فى حالة صبيغ بن عسل لأن عمر كان قد ضربه وحبسه إضافة إلى الأمر بهجره .

وفى تقديرنا أن عقوبة الهجر لم تعد ملائمة فى وقتنا هذا ذلك لأن تنفيذها إنما يتوقف على قوة الوازع الدينى لدى الناس وقدر الشعور بواجب الطاعة للحاكم إذا أمروا بها.

وقد نادى البعض بجدوى المقاطعة وإمكانها الآن[1] بينما يرى آخرون أن المقاطعة إنما تقوم على ذات الأساس الذى يقوم عليه تنفيذ عقوبة الهجر ، الأمر الذى يجعلها -مثله- عقوبة ذات أهمية تاريخية فحسب[2] .

٢- التعزير على منع الزكاة :

روى عن الرسول (ﷺ) أنه قال فى شأن زكاة الإبل "من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ، ومن منعها فإنا آخذوها ، وشطر إبله عزمة من عزمات ربنا ، لا يحل لمحمد منها شيء"[3] . فالثابت من هذا الحديث أن رسول الله (ﷺ) قد أمرنا بأخذ شطر مال مانع الزكاة فى الإبل كعقوبة تعزيرية .

وقد جعل ابن قيم الجوزية هذا الحديث من أصول تعزيراته (ﷺ) التى تتغير بحسب اقتضاء المصلحة زماناً ومكاناً. فليس لازماً أن تطبق العقوبة المذكورة فى هذا الحديث على كل مانع لزكاة الإبل ، وإنما توقيعها من الأمور التى يرى فيها الإمام -أو الحاكم- فى كل حالة على حدتها بحسب الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية فى الوقت الذى يقع فيه فعل منع الزكاة[4] .

٣- التعزير على مماطلة المدين الموسر :

روى أبو داود والنسائى عن عمرو بن الشرير من أبيه أن رسول الله (ﷺ) قال "لىُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته"[5] وفى رواية أخرى "مطل الغنىّ ظلم" ، وقد حض القرآن الكريم على تأجيل المدين المعسر فى قوله تعالى ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[6] .

وجه الدلالة :

إنه لتوجيه قرآنى من الله عز وجل تلاه البيان النبوى الذى أجاز توقيع العقوبة على المدين المماطل المتأخر فى سداد الدين رغم القدرة عليه ، ولكن البيان النبوى وإن أجاز توقيع العقوبة ، إلا أنه لم يحدد تلك العقوبة نوعاً أو مقداراً، بما مؤداه اختلاف العقوبة باختلاف الأزمنة والأمكنة على إمكانية اختلاف العقوبة أيضاً باختلاف حال الدائن يساراً أو إعساراً أى بقدر الضرر الذى يلحق بالدائن من مماطلة المدين له فى سداد الدين .

---

(1) د.عبد العزيز عامر: المرجع السابق، ص ٣٦٦.
(2) د.محمد سليم العوا: المرجع السابق، ص ٣٦٧.
(3) الحديث فى كتاب الأموال للإمام الحافظ أبى عبيد القاسم بن سلام ، وقد طبع الكتاب الجليل بتحقيق الشيخ محمد خليل هراس ١٩٦٩ راجع ص ٥٢٠ وهو من رواية أبى داود (١٥٧٥) والنسائى (٢٤٤٤) عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده .
(4) ابن قيم الجوزية ، إغاثة اللهفان جـ١ ، ص ٣٤٦-٣٤٧.
(5) سنن أبى داود رقم ٣٦٢٨ ، وسنن النسائى ٤٦٨٩ و ٤٦٩٠ .
(6) الآية ٢٨٠ من سورة البقرة .

الفصل الثانى
التفسير والامتناع

المبحث الأول
الامتناع وتفسير القاعدة القانونية

المطلب الأول
مفهوم التفسير وأنواعه وتطبيقاته

أولاً: مفهوم التفسير:

التفسير هو استظهار إرادة المشرع، وذلك من خلال البحث فى ثنايا الألفاظ والعبارات التى منها يتكون توطئه لتطبيقه على نحو يلائم تطور الحياة، ويحقق غاية النظام القانونى، دون مساس بألفاظه أو عباراته، ودون صرف إرادة المشرع عن قصده[1].

ويقصد بتفسير النص القانونى تحديد مقصود المشرع من ألفاظ النص، توصلاً إلى تطبيقه على ما يعرض فى العمل من وقائع[2] .

وهو أيضاً عملية ذهنية تستهدف إدراك مضمون ونطاق القاعدة القانونية[3]. وللتفسير أهمية كبيرة فى مجال تطبيق القانون الجنائى، عندما يعترى اللفظ لبس أو غموض، فينحصر دور التفسير فى إزالة اللبس والغموض من ألفاظ وعبارات النص التجريمى، لاستخلاص إرادة المشرع عند التطبيق، مع التقيد بمبدأ شرعية الجرائم، أى عدم خلق نصوص تجريمية جديدة أو خلق عقوبات جديدة .

ثانياً: أنواع التفسير :

تتعدد أنواع التفسير ، فمن حيث مصدر التفسير ينقسم التفسير إلى التفسير التشريعى والتفسير القضائى والتفسير الفقهى، ومن حيث النتيجة فهناك التفسير المقرر والتفسير الضيق والتفسير الموسع.

أ- أنواع التفسير من حيث مصدره[4] :

١- **التفسير التشريعى :** وهو الصادر عن ذات السلطة التى أصدرت النص محل التفسير، ويكون فى صورة نصوص قانونية وهدفه إزالة خلاف حدث عن تفسير نصوص سابقة، ويمتاز بأنه يكون حاسماً فلا يقبل اجتهاداً .

مثال : ما نص عليه المشرع فى م ٨٦ من ق.ع المضافة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ من تعريف الإرهاب .

٢- **التفسير القضائى :** وهو التفسير الصادر عن السلطة القضائية عند غموض النص، لمحاولة الوصول إلى معناه ومقصود المشرع منه. وبديهى أن التفسير القضائى يختلف باختلاف المحاكم . إلا أن محكمة النقض - على رأس التنظيم القضائى

---

(1) د. عبد الفتاح الصيفى: المرجع السابق، ص ٦٠.
(2) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، مطابع السعدنى سنة ٢٠٠٣ ص ٩٦ وهامش رقم ١ .
(3) د. محمد زكى أبو عامر: قانون العقوبات القسم العام ، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة ٢٠٠٧، ص ٥٣.
(4) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، ص ٩٨ وهامش رقم ٢.

- تقوم بتحقيق التناسق بين المحاكم فيما يتعلق بتوحيد تفسير النصوص الجنائية لأهميتها[1] .

٣- **التفسير الفقهى :** وهو التفسير الذى يقوم به فقهاء القانون عند تناولهم لشرح النصوص، ويعد عملاً فقهياً غير ملزم ، وأهميته أنه يوجه المشرع إلى أوجه القصور والخلل فى الصياغة التشريعية . ويستعين الفقهاء بالقوانين المقارنة والأعمال والمذكرات التحضيرية، فضلاً عن الأساليب اللغوية والمنطقية والتاريخية .

ولمحكمة النقض خطة محكمة فى الجمع والتنسيق بين النصوص، أو الترجيح لإزالة التعارض الظاهرى بين النصوص . فمثلاً استقر قضاء النقض ، على أنه عند تعارض النص الخاص مع العام بأنه لا يجوز الرجوع إلى النص العام إلا فيما فات النص الخاص[2].

ب- أنواع التفسير من حيث النتيجة :

فقد يكون كاشفاً لمعنى وقد يكون ضيقاً وموسعاً .

١- **فقد يكون مقرراً :** إذا كانت عبارات النص واضحة، بحيث يفهم معناه منه، ويؤدى إلى استظهار غرض المشرع.

٢- **التفسير الضيق :** وذلك عندما تقتصر ألفاظ النص للدلالة على غرض الشارع، فقد تفيد هذه الألفاظ أكثر مما أراده المشرع، عندئذ يجب أن يكون التفسير مقيداً. وعلى العكس قد تنطوى الألفاظ فى الظاهر على أقل مما أرداه الشارع، فى هذه الحالة يجب أن يكون التفسير مُفسحاً فيحيط بجميع أغراض المشرع مثل : م (٩٨) من قانون العقوبات : يعاقب بالحبس كل من علم بوجود مشروع لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٨٧-٨٩ و ٩٠ و ٩٢ و ٩٣ و ٩٤ من هذا القانون ولم يبلغه إلى السلطات العامة" .

فظاهر هذا النص يدل على أن كل شخص علم بأن هناك مشروعاً لارتكاب جريمة من هذه الجرائم يجب أن يبلغ السلطات العامة، بغض النظر عن الوسيلة التى علم بها، سواء كان عن طريق الصحافة أو عن طريق التلفاز، ولكن هذا معنى غير مقصود عقلاً . فى هذه الحالة لابد أن نضيف من تفسير النص ليتفق غرض الشارع، لأن الإخبار عن مشروع ارتكاب جريمة ليس له الأهمية إلا إذا كانت خافية عن عامة الناس .

٣- **التفسير الموسع:** إن نصوص القتل العمد تدل على أن القتل لا ترتكب إلا بوسيلة إيجابية، فالأم التى تمتنع عن إرضاع طفلها بقصد قتله فهى لا تعاقب بجريمة قتل العمد، ولكن ليس هذا الغرض أراده المشرع، حيث إن الشارع يحمى حق الإنسان فى الحياة، سواء تم ذلك بنشاط إيجابى أو بنشاط سلبى .

ولا يقف التفسير الموسع عند هذا الحد، مثال: فإذا كان القانون يشترط لعدم مساءلة السكران أن يكون قد أخذ المسكر قهراً أو دون إرادته، فمعنى ذلك أنه إذا أخذ باختيار لا يعفيه من المسئولية، أى أن النص قد يتضمن حكماً لحالة معينة فى الظاهر ويكون تفسيره على هذه الحالة غير مقصود .

ثالثاً: متى يجوز التفسير :

التفسير يكون فى حالة غموض النص أو نقصه . فالنص إما أن يكون غامضاً وإما أن يكون ناقصاً.

١- **النص الغامض :**

ويعتبر النص مشوباً بالغموض أو الإبهام إذا كانت عباراته غير واضحة كل الوضوح، بحيث يحتمل التأويل والتفسير، وبحيث يمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى واحد، وبالتالى يجب على القاضى الجنائى أن يؤوله ويبحث عن

(1) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، ص ٩٨ .

(2) مجلة محكمة النقض المصرية العدد الأول يونيو سنة ٢٠٠٦ من محكمة النقض ص ٥٨ المستشار الدكتور مصطفى أحمد سعفان بمحكمة النقض .

معناه الحقيقى الذى قصده الشارع . ويستطيع أن يستعين بكل طرق التفسير المنطقية واللغوية، بحيث يستطيع أن يرجع إلى الأعمال التحضيرية والمذكرات الإيضاحية للقانون، وكذلك يستطيع أن يرجع إلى النصوص السابقة .

٢- النقص والسكوت :

ويعتبر أن هناك نقصاً فى النص إذا جاءت عباراته خالية من بعض الألفاظ التى لا يستقيم الحكم إلا بها، أو إذا أغفل التعرض لبعض الحالات التى كان يفترض أن ينص عليها. فى هذه الحالات يجب على القاضى الجنائى أن يحكم بالبراءة، لأنه لا يستطيع أن يمتنع عن الفصل فى الدعوى بحكم ينهى الخصومة المرفوعة أمامه، لأن امتناعه عن الحكم يوقعه تحت طائلة العقاب، وكذلك لا يستطيع أن يعتبر المتهم مسؤولاً جنائياً استناداً إلى مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون .

رابعاً: مراحل التفسير :

١- تحليل ألفاظ النص :

النص يتكون من الألفاظ، ولذلك لابد للمفسر أن يعلم بمدلول كل لفظ ، ولذلك تكون أولى خطوات التفسير هى الكشف عن مدلول كل لفظ على حدة ، فى هذه الحالة يلجأ المفسر إلى اللغة ليبحث عن المعنى الذى تعطيه اللغة لهذا اللفظ، وقد يكون هذا المعنى هو الذى أراده الشارع، وقد لا يكون المعنى الذى أراده الشارع، لأن المشرع أحياناً يريد من بعض الألفاظ مدلولاً اصطلاحياً خاصاً ، فى هذه الحالة يجب على المفسر أن يبحث فى اللغة القانونية، بحيث يستطيع أن يبحث فى تاريخ النص ويحدد مصدره التاريخى، ويسترشد بالظروف التى أوجدت النص، ويستطيع أن يقارن هذا النص بالنصوص الأخرى المتصلة به، أو يقارنه مع التشريعات الأجنبية، ولاسيما إذا كانت مصدراً له .

ولمحكمة النقض خطة محكمة فى الجمع والتنسيق بين النصوص، أو الترجيح بينهما، كحل لأوجه التعارض الظاهرى، واتخذت مطيتها التى أوصلتها إلى هذا التمكن قواعد أصول الفقه الخاص بالجمع بين النصوص[1] ، وكذلك القواعد الأصولية الخاصة بالترجيح بين النصوص . فقد نصت على سبيل المثال " بأن وجود قانون خاص لا يجوز الرجوع إلى قانون عام إلا فيما فات القانون الخاص[2] .

وقضت كذلك المحكمة العليا فى ضبط الحدود النهائية لما يجوز وما لا يجوز عند الجمع بين النصوص، بأنه إذا كان تطبيق القانون يؤدى إلى اعتبار جريمة القتل الخطأ تسفر عن موت ثلاث أشخاص وإصابة آخر - والمعاقب عليها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ من قانون العقوبات - أخف من جريمة الإصابة الخطأ التى ينشأ عنها إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص، والمعاقب عليها بمقتضى الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٤٤ ، فإن هذه المفارقة قد تصلح سنداً للمطالبة بتعديل التشريع . ولكن لا يجوز التحدى بها للجمع بين هذين النصين المتغايرين واستخلاص عقوبة جديدة منهما أشد من العقوبات المقررة فى النص الصريح الواجب التطبيق[3] .

٢- تحديد علة النص :

يستهدف الشارع من النص غرضاً معيناً، هو كفالة التنظيم القانونى لموضوع معين، ويحدد هذا الغرض الأحكام التى يتضمنها النص .

فالقانون يهدف إلى حماية حقوق معينة يرى المشرع أنها جديرة بالحماية الجنائية، وبالتالى إذا حدد المفسر هذا الحق بدقة يستطيع أن يحدد أركان الجريمة التى يعاقب عليها القانون لحماية هذا الحق .

(1) المستشار الدكتور مصطفى أحمد سعفان: مجلة محكمة النقض المصرية العدد الأول يونيو ٢٠٠٦.
(2) جلسة ١٩٤٢/٦/١١ ، نقض مدنى ، سنة ٣ س٨٧٩.
(3) نقض جنائى، جلسة ١٩٦٨/٢/١٩ ، سنة ١٩ ص ٢٣٣. وجلسة ١٩٦٧/١٢/١٩ ، نقض جنائى ، سنة ١٨ ص ١٦٨٦

فمثلاً فى جريمة القتل يحمى المشرع حق الإنسان فى الحياة، وبالتالى إذا استطاع المفسر أن يحدد هذا الحق بدقة "حق الحياة" يستطيع أن يحدد أركان هذه الجريمة، ويستطيع معرفة بأن كل فعل يؤثر على هذا الحق - سواء كان بنشاط إيجابى أو سلبى - يعد جريمة قتل.

والأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها ، ومن ثم لا يجوز إهدار العلة ، وهى الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم للأخذ بحكمة النص، وهو ما شرع الحكم لأجله من مصلحة أريد تحقيقها أو مفسدة أريد دفعها ، وأنه متى كان النص عاماً مطلقاً ، فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستهداء الحكمة منه ، إذ فى ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل " :

وقضت كذلك "بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب"[1].

خامساً: قيود التفسير :

يذهب غالبية الفقه الجنائى إلى خضوع قواعد التفسير لمبدأ الشرعية الجنائية بمفومه الواسع (أى شموله القواعد الموضوعية والإجرائية) فضلاً عن التحرز والاحتياط فى تفسير القوانين الجنائية، والتزام الدقة فى ذلك، وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل[2] . وقد يتسع أو يضيق وفق دلالات الألفاظ والعبارات الواردة بالقواعد الجنائية الموضوعية أو الإجرائية ، وسوف نوضح ذلك –بإيجاز- فيما يلى:

أ- تفسير القواعد الجنائية الموضوعية :

هى تلك القواعد المختصة بالتجريم وتفريد العقوبات. وغنى عن البيان أن صياغة تلك القواعد بطريقة قانونية تحتاج لعبارات لغوية تستوعب كافة الحالات وما قد يستحدث منها ... وهذا قد يؤدى إلى مشاكل كثيرة لدى القاضى حين يتعذر عليه تحديد المعنى اللفظى أو المنطقى للنص إن تعارض مع هيكل النص أو نظامه القانونى . ومن ثم كانت الحاجة إلى التفسير ضرورية وملحة لإزالة ذلك الالتباس والغموض .

والمبدأ حينئذ هو خضوع القاعدة الجنائية لمبدأ التفسير الضيق، بمعنى عدم التوسع فى نطاق التجريم القائم، فلا ينصرف إلى خلق جريمة جديدة أو عقوبة جديدة تقيداً بمبدأ الشرعية الجنائية ، ولكن عليه (أى القاضى) الالتزام بالمضمون ونطاق القاعدة القانونية . أى خطر التفسير الواسع لنصوص التجريم والعقاب[3] .

ويكون ذلك واضحاً وبيناً عند الضرورات العملية وما يستجد من أفعال، وعند تطبيق نصوص القانون، فعلى القاضى أن يلجأ إلى تحليل ألفاظ النص والكشف عن مدلولاتها . فإن كانت الألفاظ واضحة وقواعد التفسير اللغوى كافية اكتفى بذلك القاضى ، وإلا فعليه البحث عن علة النص بتحديد الحقوق والمصالح التى يراد من المشرع إسباغ حمايته الجنائية عليها، وعلاقة هذا النص بغيره من نصوص القانون[4] .

ومن المقرر أن القياس محظور على القاضى الجنائى فى تلك القواعد الموضوعية، التى تقرر الجرائم والعقوبات تطبيقاً لمبدأ الشرعية [5]، أمام النصوص الجنائية الأخرى التى لا تقرر جريمة ولا عقوبة. فالقياس جائز فيها طالما كان فى صالحه ، فالفقه الإيطالى والألمانى يفرق بين نوعين من القياس[6] : قياس لصالح المتهم وقياس لغير صالحه ، فالأول مقبول والآخر مرفوض. والتفسير لا يؤدى إلى خلق أسباب جديدة، وإنما يقتصر على توسيع دائرة هذه الأسباب ليشمل وقائع لم

---

(1) نقض جنائى ، جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٢، سنة ٩ ص ١١٠١. جلسة ١٩٦١/٢/١٢، نقض جنائى ، سنة ١٢ ص ١٦٩. جلسة ١٩٦٠/١١/١٤ ، نقض جنائى ، سنة ١١ ص ٧٨٢.

(2) نقض ١٩٧٩/١٢/٣ أحكام النقض س ٣٠ ق ١٨٧ ص ٨٧٣.

(3) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، ص ١٠١.

(4) المستشار الدكتور مصطفى أحمد شعبان: العدد الأول من مجلة محكمة النقض يونيو ٢٠٠٦ ، " مذهب محكمة النقض عند التفسير" ، ص ٦١.

(5) د. محمد زكى أبو عامر: المرجع السابق ، ص ٥٩.

(6) د. محمود مصطفى: المرجع السابق ، ص ٥٠.

ينص القانون صراحةً عليها، فيما يدخل ضمنياً تحت ذات النتائج التى يحظرها المشرع، مثل جريمة امتناع الأم عن إرضاع الطفل .

ب- تفسير القواعد الإجرائية :

يتفق غالبية الفقهاء على أن تفسير القواعد الإجرائية ينبغى أن يكون واسعاً طالما كان فى مصلحة المتهم، ومن ناحية أخرى لا يؤدى القياس فى هذه الحالة إلى أن ثمة اعتداء على سلطة المشرع فى التجريم والعقاب تقيداً بمبدأ الشرعية. وعلى العكس ، فالتفسير عن طريق القياس محظور فى تلك القواعد التى تضع قيوداً على حرية المتهم أو الشخص، أو ينقص من ضماناته التى كفلها القانون، سواء فى الدفاع عن نفسه أو عبر مراحل التقاضى.

أى أن إباحة القياس للقاضى - بالضوابط السابقة - هى تطبيق للمبدأ الذى ينص أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته، والأصل فى الأسباب الإباحة ما لم يوجد نص، ومن ثم كان هدف القياس هو ترسيخ لمبدأ الشرعية أيضاً الذى يقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

سادساً : تطبيقات لبعض التفاسير :

التفسير الواسع من حيث النتيجة والذى يعتمد على روح النص، فالعبرة هنا بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى. ففى جريمة القتل مثلاً يحمى المشرع الحق فى الحياة ، ولا يتحقق غاية المقنن من حمايته لهذا الحق إلا إذا سلمنا بأن العدوان يشمل النشاط الإيجابى والسلبى معاً[1] . وقد يستعين بالأعمال التحضيرية والمذكرة الإيضاحية والمناقشات البرلمانية، ويؤخذ أيضاً عند التفسير الوضع السياسى والاجتماعى للدولة فى الحسبان، فهما يكونان مناخ التقنين.

فمن ناحية القواعد الموضوعية لا يجوز القياس، فمثلاً فى مجال التزوير أجمعت المحاكم المصرية – وهى على حق- على المساواة فى التزوير بين البصمة وبين الإمضاءات والأختام[2] وفى مجال الضرب المفضى إلى عاهة مستديمة لا يجوز أن يقاس على هذه النتيجة نتيجة أخرى مثل الإجهاض.

ومن ناحية القواعد الإجرائية يجوز القياس فيها طالما كان فى صالح المتهم، ولا يضع قيوداً جديدة على الحرية الشخصية للمتهم، ويظهر ذلك جلياً فى القياس على أسباب الإباحة. وتطبيقاً لذلك خلص القضاء إلى سحب حكم الدفاع الشرعى إلى جرائم أخرى – كسبب من أسباب الإباحة- غير جرائم القتل والضرب والجرح .

وبناء عليه إذا دافعت امرأة عن شرفها حال اغتصابها بالفرار عارية بالطريق العام فلا تُسأل عن جريمة الفعل الفاضح العلنى.

المطلب الثانى
تفسير القانون وجرائم الامتناع

لما كانت جرائم الامتناع خاصة ذات النتيجة، هى التى تثير مشكلات عند التطبيق، وذلك لندرة النصوص التى تجرم الأفعال السلبية، فما أحوجنا إلى إعمال تفسير القانون بذات الضوابط السابقة، وأهمها الالتزام بمبدأ الشرعية وعدم خلق تجريم جديد ولا تأثيم جديد. وإنما نطالب بالتفسير المنطقى الذى يبحث عن علة النص والتفسير الذى يتجه نحو حماية المصلحة المحمية قانوناً.

فعلى سبيل المثال لا يوجد نص على عقاب الأم التى تمتنع عن إرضاع طفلها حتى الموت، وإن كانت النتيجة واحدة وهى إزهاق الروح، وهى نتيجة حتمية ينص القانون، فعن طريق التفسير المنطقى - والذى يعتمد فى البحث عن علة

(1) د. عبد الفتاح الصيفى: المرجع السابق ، ص ٦٨.
(2) د. عبد الفتاح الصيفى: المرجع السابق ، ص ٧٠.

الحكم - امتد الحكم إلى تلك الأم لتحقيقها نتيجة مؤثمة، ومن ثم فإننا مع الرأى القائل بأن التفسير لا يخلق أسباباً جديدة وإنما يوسع دائرة هذه الأسباب التى تؤدى إلى ذات النتيجة، ومن ثم يتساوى الفعل الإيجابى مع السلبى فى إحداث النتيجة التى يرفضها المشرع ويحميها بنص قانونى .

ولعل عدم مرونة النص التشريعى، مع التزام القاضى بالتفسير الضيق للنصوص الجنائية، هى التى أدت إلى عدم اعتراف بعض المحاكم المصرية بمساواة الامتناع بالفعل الإيجابى فى إحداث الجرائم العمدية ذات النتائج .

وعلى النقيض من ذلك، فى الجرائم غير العمدية ذات النتائج تعترف المحاكم بمساواة الفعل الإيجابى بالامتناع القائم على الإهمال أو الخطأ أو عدم الاحتراز فى إحداث نتائج محظورة قانوناً، وأفردت له نصاً وعقوبة كما هو الحال فى م (٢٣٨) من قانون العقوبات التى تنص على :" من تسبب خطأ فى موت شخص آخر بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه، أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين .

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنين، وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجانى إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته، أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذى نجم عنه الحادث، أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة، أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك .

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سبع سنين إذا نشأ عن الفعل وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص ، فإذا توافر ظرف آخر من الظروف الواردة فى الفقرة السابقة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على عشر سنين ".

وكذا المادة ٢٣٦ التى تنص على نكول الجانى وعدم مساعدته للمجنى عليه، وجعلت النكول ظرفاً مشدداً حيث تنص على : " كل من جرح أو ضرب أحداً عمداً، أو أعطاه مواد ضارة، ولم يقصد من ذلك قتلاً، ولكنه أفضى إلى الموت يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع سنوات، وأما إذا سبق ذلك إصرار أو ترصد فتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن .

وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن، إذا ارتكبت الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٣٦ تنفيذاً لغرض إرهابى ، فإذا كانت مسبوقة بإصرار أو ترصد تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة" .

<u>وفى رأينا</u> :

أن المشرع إنحاز إلى تجريم بعض الأفعال عند صياغة النص التشريعى على حساب النتائج . مثل نص المادة (٤٠) من قانون العقوبات التى حددت وسائل الاشتراك فى الجريمة بثلاث صور (التحريض، الاتفاق، المساعدة) مما أسفر عنه أن قررت محكمة النقض المصرية صراحة أنه لا جدال أن الاشتراك فى الجريمة لا يكون إلا من أعمال إيجابية ولا ينتج عنه أبداً من أعمال سلبية . وكذلك تجريم الأم التى تمتنع عن إرضاع وليدها بقصد قتله، فعلى الرغم من عدم وجود نص صريح فى هذا الشأن، إلا أنه تُجرم لتحقق نتيجة إزهاق الروح قياساً على نص تجريم القتل.

وهذا الميل فى الصياغة التشريعية اصطدم بقاعدة التفسير الضيق للنص الجنائى ومبدأ الشرعية، مما أدى إلى تناقض الاعتراف من المحاكم المصرية تارة بجرائم الامتناع فى الجرائم غير العمدية ذات النتائج، وعدم الاعتراف بجرائم الامتناع فى الجرائم العمدية ذات النتائج تارة أخرى .

وإذا ما استنبط المشرع الوضعى نظرية التعزير فى الفقه الجنائى الإسلامى، القائمة على تعيين النتائج الإجرامية أولاً، ثم إفراد العقوبات لها ثانياً، مع توسيع السلطة التقديرية للقاضى لاختيار العقوبة الملائمة والمناسبة للواقعة، فإنه يكون قد عاد إلى الصواب وتصحيح هذا الميل فى الصياغة التشريعية، فيؤدى إلى التطبيق الصحيح للقانون وعدم هروب المتهمين من العدالة لعدم انطباق وقائعهم على النص القانونى المجرم .

المبحث الثانى
الامتناع وتفسير النصوص الشرعية

تمهيد :

النصوص الجنائية فى الشريعة هى النصوص الآمرة التى يعد مخالفتها أيضاً معصية .

وغنى عن البيان أن هذه المعصية لابد وأن تكون من الأمور التى يجرى عليها الإثبات فى مجال القضاء ، فى إطار من الشرعية الإجرائية من غير تحسس ولا تبيان ولا كشف للأستار ، وعامة هذه النصوص هى نصوص القرآن الكريم والأحاديث النبوية. أما أفعال النبى ﷺ وتعزيراته فالوقائع تفسر نفسها بنفسها لأن أساسها وقائع وليس وراءها تفسير آخر .

وسوف نتعرض بإيجاز لأنواع تفسير النصوص فى الشريعة ومراحله وعلاقة ذلك بجرائم الامتناع ، ثم عقد مقارنة بالتفسير الوضعى لجرائم الامتناع .

المطلب الأول
التفسير وأنواعه ومراحله

تعريف التفسير :

هو تحديد المعنى الذى يقصده الشارع من ألفاظ لجعله صالحاً للتطبيق على الوقائع التى تعرض فى المجتمع[1] .

تبين من ذلك التعريف أن جوهر التفسير هو تحرى المعنى الذى أراده الشارع بالألفاظ الواردة فى النص والاستدلال على ذات المعنى بكافة الأساليب اللغوية والمنطقية والغائية وصولاً إلى هدف المشرع.

أنواع التفسير: من حيث مصدره ثلاثة أنواع : التشريعى ، الفقهى ، القضائى .

أ- التفسير التشريعى :

وهى النصوص الصادرة عن المشرع ذاته فيورد نصوصاً توضح أو تفسر نصوصاً أخرى . ومن المعلوم فقهاً أن القرآن يفسر ويكمل بعضه بعضاً. فعلى سبيل المثال فى آية القذف جاءت فى صياغة عامة ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[2] .

ثم جاءت الآيات التالية لتخرج قذف الزوج لزوجته وتقرر له حكماً مختلفاً فقال تعالى :﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * ويدرؤا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾[3] .

وفى مجال السنة، يقول المصطفى ﷺ لتفسير آية إقامة الصلاة ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلاَةَ﴾[4] (صلوا كما رأيتمونى أصلى).

ب- التفسير الفقهى :

وهو التفسير الذى يقوم به الفقهاء عن طريق استنباط الأحكام والنصوص الجنائية عن طريق القياس والاستحسان والمصالح المرسلة. وكل مذهب من المذاهب الإسلامية لدية ثروة فقهية لتفسير النصوص على ضوء المبادئ العامة المقررة

---

(1) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق، ص ٤٢٠.
(2) سورة النور ، الأيتين ٤- ٥ .
(3) سورة النور ، الآيات ٦- ٧ ـ ٨ - ٩.
(4) سورة البقرة ، الآية ٤٣.

فى الفقه الإسلامى، وقد استخرج الفقهاء المعانى التى تدل عليها ألفاظ النصوص بذاتها من غير قياس ولا حمل على النصوص، وفى غير اتجاه إلى القواعد العامة وتطبيقها على الوقائع واستخلاص الأحكام على ضوئها وقوة هذه الدلالة . ودلالة الخاص وقوة دلالته، وكيان الطريق لفهم الألفاظ المتشابهة أو الخفى أو المشكل أو المجمل[1] .

ولم يضل الفقهاء عن بيان طرق التفسير، فهذا الإمام مالك أسس مدرسة الحديث. وقد خالفه الإمام أبو حنيفة فى كثير من الآراء وأسس مدرسة الرأى، والإمام الشافعى خالف مذهبه الجديد بمصر مذهبه القديم بالعراق . والإمام ابن حزم أسس المذهب الظاهرى الذى يأخذ بظاهر النصوص وبرع فيه . وهذه هى الحرية فى الاجتهاد ﴿ وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾[2] .

وقد عبر عنها الإمام مالك أبلغ تعبير "كل قول يؤخذ ويرد عليه إلا صاحب هذا القبر فإنه يؤخذ منه ولا يرد عليه".

ج- التفسير القضائى :

ويصدر عن القضاة حال تنفيذهم للنصوص الجنائية وذلك بالاستعانة بالأساليب اللغوية والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والاستصحاب والعرف، فهذه طرق ثابتة لتفسير النصوص فضلاً عن الإجماع . وذلك بخلاف القرآن والسنة فى التفسير التشريعى . وذلك يتم فى إطار القواعد القرآنية العامة وهى المظلة التشريعية لمقاصد الشريعة مثل قوله تعالى ﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾ . وقوله تعالى ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾[3]. ومثل قول المصطفى ﷺ (لا تجتمع أمتى على ضلالة).

ولقد ارسى عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأرضاه مبادئ عامة للقضاء فى رسالته إلى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنها، ومن هذه المبادئ أن القضاء الإسلامى لا يقرر سوابق قضائية ملزمة وذلك مستفاد من قوله ﴿ولا يمنعك قضاء قضيته ...﴾.

ومفاد ذلك عدم تقيد القاضى بتفسير آخر لقاض فى واقعة مشابهة ، فلكل واقعة خصوصيتها، وبغض النظر عن القوانين الشرعية، وهذا يمنح القاضى سلطة تفسير واسعة، غير أن ذلك مقيد بضوابط .

ضوابط القاضى فى التفسير :

القاضى الجنائى ليس له مخالفة النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات، وليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة عن طريق القياس أو العرف أو الاستحسان ، بل يجب على القاضى الالتزام بمبدأين شرعيين :

الأول : درء الحدود بالشبهات :

والحدود هى العقوبات المقدرة وهى حدود جرائم الحدود والقصاص والدية ، أما عقوبات التعازير فلا تعتبر حدوداً لأنها غير مقدرة ، وأصل هذا المبدأ أو القاعدة حديث النبى ﷺ " ادرءوا الحدود بالشبهات"، وأجمع الفقهاء على العمل بهذه القاعدة وقد روى عن معاذ بن جبل وعطية بن عامر وعبد الله بن مسعود قولهم : إذا اشتبه عليك الحد فادرأه.

الثانى : الخطأ فى العفو خير من الخطأ فى العقوبة :

وأصل هذا المبدأ حديث النبى ﷺ أن الإمام لأن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة ، والمعنى الاحتياط والتحرز عند النطق بالحكم، ولابد من التثبت من أركان الواقعة وانطباق النص المجرم أو النموذج القانونى للجريمة على الواقعة المعروضة على القاضى، وهذا يماثل المبدأ القانونى المتهم برىء إلى أن تثبت إدانته أو الشك يفسر لمصلحة المتهم .

---

(1) الإمام أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة ط ، ص ٢٥٢.
(2) سورة التوبة ، الآية ١٢٢ .
(3) سورة البقرة، الآية ١٨٥.

ومما لا شك فيه أن طرق التفسير وضوابط القاضي عند التطبيق للأحكام أو النصوص الجنائية تكون محاطة بالإطار العام لمقاصد الشريعة وهى الحفاظ على الضروريات الخمس: الدين، العقل، النسل، النفس، المال . فهذا هو الضابط العام الذى يلتزم به فقهاء الشريعة بمفهومه الواسع .

مراحل تفسير النص :

١- التفسير اللغوى :

فالنص يتكون من مجموعة ألفاظ وهى رموز يريد الشارع التعبير بها عن معنى يقصده . ومن ثم كانت أولى خطوات التفسير الكشف عن مدلول هذه الألفاظ .

والخطوة الأولى للمفسر هى اللغة[1] فيتعين عليه أن يبحث عن المعنى الذى تعطيه اللغة كل لفظ . والقرآن ﴿إنا أنزلناه قرآناً عربياً لعلكم تعقلون﴾[2]. والسنة القولية ﴿وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى علمه شديد القوى﴾[3] . والمصطفى ﷺ أوتى جوامع الكلم . يعتبر أن المصادر الرئيسية لقواعد وضوابط اللغة، ويترتب على ذلك أن يكون المجتهد ملماً بقواعد التفسير اللغوى عن طريق دلالة النص وأساليب فهم النص الواضح الدلالة، وفهم النص غير الواضح الدلالة وصيغة الأمر والنهى فى النصوص.

٢- التفسير المنطقى للنصوص :

النص الشرعى ليس مجرد عبارات لغوية، وإنما يضع قواعد كلية يُستنبط منها أحكام جزئية تطبق على الفروض التى تثور فى الحياة وتسمى القواعد الفقهية .

أهمية القواعد الفقهية فى التشريع والفقه الجنائى الإسلامى :

يراعى علماء الفقه الإسلامى فى اجتهادهم قواعد كلية لا تقل فى روعتها وسمو غايتها عن مبادئ القانون فى العصر الحديث . واستخرجت منها قواعد فقهية جزئية تهدف فى جملتها إلى المحافظة على روح الإسلام فى التشريع وحفظ المصالح ودرء المفاسد ومراعاة حال الضرورات، وأهميتها تظهر فى الإرشاد إلى أحكام الفروع والاهتداء بها كلما أعوزت المشرع الحجة واحتاج الفقيه إلى الدليل .

وقد جمع ابن نجيم فى كتابه الأشباه والنظائر حوالى خمسا وعشرين قاعدة كلية غير ما يتفرع عنها . وكذلك القرافى المالكى فى كتابه المشهور (بالفروق) جمع نحو ثمان وأربعين وخمسمائة قاعدة . ولقد قال فى مقدمة الكتاب إن الشرعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان: أحدهما الخمسة بأصول الفقه والثانى : قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، ولكل قاعدة من الفروع ما لا يحصى.

وهذا الميدان يتنافس فيه العلماء ويتفاضل فيه الفضلاء ويظهر رونق الفقه[4]. وقديماً قالوا من راعى الأصول كان خليقاً بالوصول ومن راعى القواعد كان خليقاً بإدراك المقاصد .

٣- التفسير الغائى :

ويعنى التفسير الغائى للنص الشرعى تفسيره فى ضوء العلة التى اقتضت صدوره[5] وهذه العلة يحددها أولا

---

(1) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ١٢٣.
(2) سورة يوسف ، الآية ٢ .
(3) سورة النجم ، الآية ٢-٤ .
(4) حسن أحمد الخطيب: فقه الإسلام ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥.
(5) د. رمضان الشرنباصى: النظريات الفقهية، ص ٥ .

المقصد العام للشارع الحكيم . وثانيا المقصد الخاص الذى يقصده الفقيه والمجتهد .

ويتعين على من يفسر نص التجريم أن يحدد المصلحة التى قصد المشرع حمايتها وبيان عناصرها، ويستتبع ذلك مقتضيات الحماية الواجبة لهذه المصلحة وجيزة الحماية شاملة ليس بها ثمة ثغرات ويستطيع المفسر بعد ذلك تحديد أركان الجريمة وعناصر كل ركن وما تخضع له من أحكام، بحيث تؤدى فى النهاية إلى تحقيق الحماية الواجبة للمصلحة[1] .

المطلب الثانى
التفسير الوضعى للامتناع مقارناً بالتفسير الشرعى

جاءت أحكام القضاء المصرى بالنسبة لجرائم الامتناع ذات النتيجة مترددة ما بين الاعتراف وتقرير المساءلة الجنائية وما بين الإنكار.

وذلك راجع لخلو نصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة له من نص عام يسوى ما بين الفعل والامتناع فى إحداث النتائج الإجرامية بطريق الامتناع.

وفى رأينا أن ذلك راجع أيضاً إلى قاعدة التفسير الضيق للنصوص الجنائية التزاماً بمبدأ الشرعية لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، ومن ثم لا يستطيع القاضى مد التحريم إلى الامتناع، وقد ساعد ذلك عدم مرونة النص خاصة فى الجرائم العمدية ، بينما النص يتسع ليشمل الجرائم غير العمدية لأن الإهمال وعدم الإضرار يمكن أن يكونا على السواء امتناعاً أو فعلاً إيجابياً يحدث آثاراً ضارة تقع تحت طائلة القانون .

ولعل ما ساعد ذلك أن البعض قد اتخذ من النصوص الإجرامية معياراً للتفرقة بين الجرائم السلبية ذات النتائج والجرائم السلبية المجردة، باعتبار أن النص الجنائى هو المصدر الوحيد للواجب القانونى ، وهذا ما خالفناه فيما سبق من ضرورة اتساع نطاق مصادر الواجب القانونى من جانب واعتبار النتيجة بمفهومها المادى كضابط للتفرقة.

إذن يمكن استنتاج الميل فى الصياغة التشريعية[2] فى عدم وجود نص عام، واعتبار النص الجنائى هو المصدر الوحيد للواجب، والاعتماد عليه معياراً للتفرقة بين الجرائم المجردة والجرائم ذات النتيجة .

وفى المقابل نجد نظرية التعزير فى الإسلام عالجت أوجه القصور، خاصة بالنسبة لجرائم الامتناع لاعتمادها على النتيجة والاعتداد بها وتأثيم ما يؤدى إليها ، فضلاً عن تعيين العقوبات وترك سلطة اختيار واسعة للقاضى الجنائى فى اختيار ما يراه مناسباً وملائماً لإنزال العقاب، وفى ذات الحال ملتزم بالمبادئ والضوابط الشرعية من عدم خلق جريمة أو استحداث عقوبة وإنما هى سلطة التفسير الواسعة، مقارنة بالقاضى فى القوانين الوضعية. وسند ذلك هو حماية الفرد والجماعة والنظام العام واتخاذ ما يكفل للحيلولة دون الاعتداء على مفهوم النظام العام.

---

(1) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق، ص ١٦٨.

(2) نص م ٢٣٨ فى القتل الخطأ فيه ما من المرونة والاتساع ليشمل الامتناع – النكول وإن كان ظرفاً مشدداً ، بينما فى القتل العمد النص يتسم بالجمود ولا يتسع ليشمل فعل الامتناع .

الفصل الثالث

الامتناع والمساهمة الجنائية

المبحث الأول

المساهمة الجنائية وجرائم الامتناع فى القانون الوضعى

تمهيد :

جرائم الامتناع تثير مشكلة بصدد تطبيق أحكام المساهمة الجنائية من تعدد أفعال فى جريمة واحدة بتعدد فاعليها سواء أصليين أو تابعين .. وقبل التعرض لذلك ينبغى أولاً التعرض بإيجاز إلى الأحكام العامة للمساهمة الجنائية، ثم التعرض لصور المساهمة الجنائية فى جرائم الامتناع .

المطلب الأول

الأحكام العامة للمساهمة الجنائية[1]

تتمثل هذه الأحكام فى بيان أركان المساهمة الجنائية والتمييز بين نوعيها ، وذلك من خلال الفرعيين التاليين :

الفرع الأول

أركان المساهمة الجنائية

المساهمة الجنائية هى تدخل أكثر من شخص فى ارتكاب جريمة واحدة . وهذا يعنى أن المساهمة الجنائية تتطلب توافر ثلاثة أركان : الأول تعدد الجناة، والثانى وحدة الجريمة، والثالث وقوع الجريمة محل المساهمة بالفعل. **ولا يثير الركن الأول والثالث مشاكل** تذكر ، فالركن الأول يفترض مساهمة أكثر من شخص فى ارتكاب الجريمة ، فلا تتحقق المساهمة إذا ارتكب الجريمة شخص واحد حتى ولو تعددت جرائمه ، لأن هذا الشخص تتوافر فى حقه حالة "تعدد الجرائم" وليس المساهمة الجنائية .

كما لا تتوافر المساهمة الجنائية إذا تعدد الجناة وتعددت جرائمهم ، إذ يستقل كل منهم بجريمته أو جرائمه عن الآخرين، وذلك لاستقلال كل جان بمشروعه الإجرامى الخاص به ، حتى ولو ارتكبت هذه الجرائم فى مكان واحد أو فى زمان واحد أو صدرت عن باعث واحد، مثل الجرائم التى تقع أثناء المظاهرات[2] .

فالركن الأول إذن فى المساهمة الجنائية هو مساهمة أكثر من شخص، أو تعاون أكثر من شخص، أو تضامن أكثر من شخص، فى ارتكاب جريمة واحدة، أى تعدد الجناة. والركن الثالث لا يتطلب أكثر من وقوع الجريمة (تامة أو شروع) بالفعل.

أما الركن الثانى فى المساهمة الجنائية - وهو وحدة الجريمة - فإنه ليس محل إجماع الفقه، كما أنه يحتاج إلى إيضاح لبيان المقصود منه .

فقد ذهب رأى فى الفقه إلى القول بأن المساهمة الجنائية لا تتحقق بها جريمة واحدة، بل تتعدد الجرائم بتعدد المساهمين فيها، ويكون لكل مساهم فيها جريمته الخاصة المستقلة التى تتكون من نشاطه واتجاه إرادته إلى هذا النشاط ، وذلك على أساس أن كلا منهم كان سبباً مستقلاً فى إحداث النتيجة التى وقعت والتى يعاقب عليها القانون، استناداً إلى مبدأ

---

(1) د . فتوح عبد الله الشاذلى: قانون العقوبات المصرى ، القسم العام ، طبعة ٢٠٠٨، ص ٣٦٥ وما بعدها.

(2) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٣٩٨ وما بعدها.

تعادل أو تكافؤ الأسباب[1] .

ومقتضى تطبيق هذا الرأى أن يُسأل كل مساهم عن جريمته وفقاً لظروفه، ويعاقب تبعاً لخطورته وجسامة فعله ، مما يعنى تفريد الجزاء الجنائي بالنسبة لكل منهم، وهذا هو ما يتفق وتعاليم المدرسة الإيطالية. فهذا الرأى كما يقول أنصاره يتفق والمبادئ الحديثة فى القانون الجنائى، كما أنه لا يسمح بإفلات مساهم من العقاب بسبب ظروف غيره من المساهمين أو بسبب عدم وقوع الجريمة .

ومع ذلك فإن منطق الرأى السابق يقود إلى إلغاء كل تفرقة بين المساهمين، فلا يوجد بينهم فاعل وشريك حسب دوره وأهمية مساهمته، بل الجميع فاعل فى جريمته الخاصة والمستقلة عن غيرها، وهو ما يخالف الواقع ويتعارض مع ما استقر الرأى عليه منذ زمن بعيد .

فمن المسلم به أن المساهمين فى الجريمة تتفاوت أدوارهم، فبعضهم تكون مساهمته أصلية، وهذا هو حال الفاعل، أو الفاعل مع غيره ، وبعضهم تكون مساهمته تبعية أو ثانوية، وهذا هو حال الشريك بالاتفاق أو بالتحريض أو بالمساعدة . وجميعهم يهدف إلى تحقيق مشروع إجرامى واحد وجريمة واحدة تتضافر جهودهم نحو تحقيقها .

ولهذا كان الاتجاه الذى يرى فى المساهمة الجنائية جريمة واحدة هو الأقرب إلى المنطق ، ويتفق مع الواقع ، وعليه استقر الرأى منذ زمن بعيد[2] . وهو ما كشف عنه المشرع المصرى صراحة حينما جعل عنوان الباب الرابع من الكتاب الأول من قانون العقوبات هو "اشتراك عدة أشخاص فى جريمة واحدة" ، والذى يبين فيه أحكام المساهمة الجنائية الأصلية والتبعية (أى الفاعل والشريك) فى المواد من ٣٩ إلى ٤٤ مكرراً.

وتكون الجريمة واحدة إذا احتفظ كل ركن من ركنيها بوحدته رغم تعدد المساهمين، فيظل الركن المادى واحداً لا يتغير، ويبقى الركن المعنوى هو -أيضاً- واحداً لا يتغير. فيقصد بوحدة الجريمة إذن وحدتها المادية ووحدتها المعنوية[3] .

الوحدة المادية للجريمة [4]:

يقصد بالوحدة المادية للجريمة الرباط بين نشاط كل مساهم والجريمة التى وقعت نتيجة لهذا النشاط ، ففى المساهمة الجنائية يسعى كل مساهم بسلوكه إلى ارتكاب جريمة معينة. وتتحقق الوحدة المادية أو وحدة الركن المادى للجريمة إذا ارتبطت أفعال المساهمين فيها **برباط سببي** بالجريمة التى وقعت. أى يجب أن تتوافر علاقة سببية مادية بين فعل كل مساهم والجريمة ، وبدون هذه العلاقة يفقد الركن المادى وحدته وتفقد المساهمة الجنائية أحد أركانها وتنتفى تبعاً لذلك .

ففى جريمة القتل مثلاً تتعدد أفعال المساهمين التى ينتج عنها تحقق الجريمة، وهى إزهاق روح المجنى عليه، فيقوم أحد المساهمين بالاتفاق مع آخرين لارتكابها، ويقوم الآخر بالتحريض على ذلك، ويقدم ثالث السلاح الذى تنفذ به الجريمة . ويذهب رابع وخامس إلى حيث يوجد المجنى عليه ومعهما السلاح الذى قدمه الثالث، فيمسك الرابع بالمجنى عليه لكى يشل مقاومته حتى يتمكن الخامس من إعمال السلاح فى جسمه وتزهق روحه على أثر ذلك.

فرابطة السببية المادية كما هو واضح متوافرة بين أفعال الاتفاق والتحريض والمساعدة والإمساك وإعمال السلاح وبين وفاة المجنى عليه، وهذا الرباط المادى بين تلك الأفعال والوفاة هو الذى يحقق الوحدة المادية للجريمة. فإذا تخلف أحد هذه الأفعال أو بعضها لما حدثت الوفاة، وحتى إذا وقعت فإنها لن تقع بالصورة التى وقعت بها، فقد كان سيتغير زمان أو

---

(1) ومن أنصار هذا الاتجاه نذكر فويرباخ ، كرارا ، فون ليست ، وغيرهم من أنصار المدرسة الوضعية وقد تأثر بهذا الاتجاه قانون العقوبات النرويجى الصادر فى سنة ١٩٠٢ ، والقانون الإيطالى الصادر فى سنة ١٩٣٠ والقانون الدانماركى الصادر فى ١٩٣٣ ، انظر فى عرض هذا الاتجاه : . Bouzat et suivi op. cit, p.771 no. 798، ود. السعيد مصطفى السعيد : الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، دار المعارف القاهرة ، الطبعة الرابعة ص٢٨٦ وما بعدها .

(2) ويرجع هذا الاتجاه إلى القانون الرومانى والقانون الفرنسى السابق على الثورة ، وهو ما يأخذ به قانون العقوبات الفرنسى ، انظر الدكتورعلى بدوى: المرجع السابق ، ص ٢٦١ وما بعدها ، د.السعيد مصطفى السعيد : المرجع السابق ، ص٢٨٤.

(3) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٣٩٩ وما بعدها .

(4) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق ، ص ٣١٧ .

مكان أو كيفية وقوعها . ويصدق نفس الأمر بالنسبة لجريمة السرقة حينما يحرض شخص على سرقة مال شخص آخر، ويقدم شخص ثالث السلاح أو الأدوات والآلات التى يستعان بها لارتكاب السرقة، ويقوم رابع بكسر أو فتح باب أو الأبواب فى المكان المراد سرقته، بينما يقوم خامس وسادس بحمل المسروقات . فهؤلاء المساهمون جميعاً ساهمت أفعالهم فى وقوع جريمة السرقة وارتبطت بها برابطة السببية وتحقق معها الوحدة المادية لجريمة السرقة .

وتنتفى تلك الوحدة فى الصورة التى يحرض فيها شخص شخصاً آخر أو يتفق على قتل ثالث ، فلا تقع الجريمة نتيجة هذا التحريض أو الاتفاق ، وإنما تقع فى ظروف أخرى بعيدة عن الاتفاق أو التحريض بسبب مشاجرة مثلاً ، وكذلك إذا قدم شخص سلاحاً نارياً للقاتل فلم يستخدمه فى القتل، ووقعت الجريمة نتيجة استخدام آلة حادة أو مادة سامة ، كل هذا بسبب انتفاء رابطة السببية بين سلوك المساهم والجريمة التى وقعت .

الوحدة المعنوية للجريمة :

تتمثل تلك الوحدة فى الرابطة **"الذهنية"** أو "المعنوية" التى تجمع بين المساهمين فى الجريمة، ويتحقق بها وحدة الركن المعنوى للجريمة، والرأى مستقر على ضرورة توافر تلك الرابطة ، ولكن تحديد مصدرها أو مضمونها ليس محل اتفاق.

فيذهب رأى إلى أن الرابطة الذهنية أو المعنوية بين المساهمين فى الجريمة لا تتحقق إلا إذا وجد "اتفاق سابق" بين هؤلاء المساهمين ، أو فى القليل "تفاهم سابق" بينهم على ارتكابها ولو ببرهة وجيزة ، أو التفاهم على ذلك أثناء ارتكابها بالفعل صراحة أو ضمناً ، المهم أن يكون مظهر تلك الرابطة هو إدراك كل من المساهمين أنه متضامن مع الآخرين فى هذا العمل وأنه لا يستقل به لحسابه الخاص(1) . وليس من سبيل إلى قيام هذه الرابطة المعنوية بين عدد من الجناه إلا باتفاقهم فيما بينهم على وجه من وجوه الاتفاق.

وقد أيدت محكمة النقض هذا الاتجاه فى بعض أحكامها، حيث قضت بأنه لا يكفى لإدانة شخص بصفته فاعلاً أو شريكاً فى جريمة السرقة مجرد حضوره مع غيره وقت ارتكابها، إذا كانت ظروف الدعوى - كما أوردها الحكم - ظاهر منها أنهم جميعاً كانوا متفقين على السرقة(2) . كما قضت بأنه لا يكفى فى هذا الخصوص القول بأن أحد المتهمين فاجأ المجنى عليه وأخذ منه المسروقات بالقوة ثم تمكن من إعطائها لباقى المتهمين الذين كانوا بانتظاره بالقرب منه فحملوها وهربوا بها ، إذ ينبغى فضلاً عن ذلك بيان صلة فعل هؤلاء الآخرين بفعل المتهم الأول، وهل كان نتيجة اتفاق على السرقة أم أنه حصل عرضاً؟ وأن تواجدهم قريباً منه كان مصادفة وليس نتيجة اتفاق بينهم .

ويقود منطق الاتجاه السابق إلى انتفاء الرابطة الذهنية بين المساهمين، وانتفاء المساهمة الجنائية تبعاً لذلك، إذا لم يقدم الدليل على الاتفاق السابق أو التفاهم السابق بين هؤلاء المساهمين. ولكن يؤخذ على هذا الاتجاه أنه أضاف شرطاً لم يوجبه القانون ولا يستفاد من نصوصه ، كما أن تطبيقه يؤدى إلى إفلات بعض الجناه وهو ما يتعارض مع المصلحة العامة .

فالمادة ٣٩ عقوبات تنص فى الفقرة أولاً على الفاعل مع غيره، والمعية تفيد المصاحبة أو الاجتماع ، وتنص الفقرة ثانيا على الدخول فى الجريمة عمدا ، والمادة ٤٠ عقوبات تتطلب فى الفقرة ثالثا - والمتعلقة بالمساعدة باعتبارها أحد أفعال الاشتراك - أن يكون الشريك قد قدمها مع علمه بالجريمة ، فالقانون لا يتطلب صراحة الاتفاق أو التفاهم السابق ، كما أن المعية أو العمد أو العلم لا يستفاد منها مثل هذا الاتفاق أو التفاهم ، وكل ما يستفاد منها هو قصد التدخل فى جريمة ارتكبها الغير .

وبناء على ما تقدم فإن الاتجاه السائد فى الفقه لا يشترط الاتفاق السابق أو التفاهم بين المساهمين لتحقق المساهمة الجنائية، وهذا هو ما تؤيده محكمة النقض، حيث قضت أن كل ما اشترطه القانون لتحقيق الاشتراك بالمساعدة أن يكون الشريك عالماً بارتكاب الفاعل للجريمة، وأن يساعده بقصد المعاونة على إتمام ارتكابها فى الأعمال المجهزة أو المسهلة أو

---

(1) د. على بدوى : القانون الجنائى ، القاهرة ١٩٣٨ ، ص ٢٥٤ وما بعدها .

(2) نقض ١٩٤٥/٢/٥ ، مجموعة القواعد ، ج ٦ ، رقم ٤٩٦ ، ص ٦٤١.

المتممة لارتكابها، ولا يشترط قيام الاتفاق بين الفاعل والشريك فى هذه الحالة . إذ لو كان ذلك لازماً لما كان هناك معنى لأن يفرد القانون فقرة خاصة يعنى فيها بيان طرق المساعدة وشروط تحقق الاشتراك بها، مع سبق النص فى الفقرة الثانية على تحققه بمجرد الاتفاق مع الفاعل على ارتكاب الجريمة[1] . وما قضت به محكمة النقض بصدد الاشتراك بالمساعدة يصدق على كل حالات المساهمة الجنائية الأصلية والتبعية[2] .

إذن الرابطة الذهنية أو المعنوية التى يتحقق بها الوحدة المعنوية للجريمة هى قصد التدخل أو التداخل فى الجريمة أو قصد المساهمة فيها . ذلك أن قصد المساهمة يتكون -مثل قصد- من علم وإرادة، ويتوفر العلم حينما يعلم المساهم بنشاط الآخرين، وتتحقق الإرادة إذا اتجهت إلى الفعل الذى قام به هذا المساهم وإلى إضافته وإلى إقحامه إلى أفعال الآخرين وإلى وقوع الجريمة ، فقصد المساهمة إذن يتمثل فى علم المساهم بنشاط الآخرين واتجاه إرادته إلى إقحام نشاطه الإجرامى فى سلسلة العوامل التى تؤدى مجتمعة إلى وقوع الجريمة[3] .

وتطبيقاً لذلك يتوافر قصد المساهمة لدى الشخص الذى يمسك بعدوه لكى يشل مقاومته حتى يتمكن شخص آخر من الاجهاز عليه وقتله، ولدى الخادم الذى يتعهد ترك باب منزل مخدومه مفتوحاً حتى يتمكن اللصوص من سرقته بعد أن علم بمشروعهم الإجرامى ، على الرغم من عدم وجود اتفاق سابق أو تفاهم بين الجناه.

وعلى العكس من ذلك لا يتوافر هذا القصد ولا تتحقق المساهمة بالنسبة للخادم إذا لم يكن الخادم فى المثال السابق لا يعلم بالمشروع الإجرامى للصوص، أو أهمل فقط فى غلق أبواب منزل مخدومه. وكذلك فى حالة ما إذا كسر شخص باب بيت ليسرق منه، ثم شعر بحركة فهرب، وجاء غيره وانتهز فرصة كون الباب مفتوحاً فدخل وسرق .

الفرع الثانى
التمييز بين المساهمة الأصلية والمساهمة التبعية
(التمييز بين الفاعل والشريك)[4]

ذهب رأى فى الفقه إلى أنه فى حالة المساهمة الجنائية تتعدد الجرائم بتعدد المساهمين فيها ، وأن لكل مساهم جريمته المستقلة والخاصة به، لأن فعل كل مساهم يتكافأ وتتعادل سببيته لوقوع الجريمة موضوع المساهمة وفقاً لنظرية تعادل الأسباب . ويؤدى الأخذ بهذا الرأى إلى هدم كل تفرقة بين الفاعل والشريك، لأن كل مساهم يصبح فاعلاً فى جريمته الخاصة ، ولا نحتاج تبعاً لذلك للبحث عن معيار نفرق به بين الفاعل والشريك ، كما لا توجد أهمية لتلك التفرقة .

لكن هذا الاتجاه لا يتفق مع الواقع حيث أن دور كل مساهم فى الجريمة ليس على درجة واحدة من الأهمية والخطورة فى وقوع الجريمة ، فبعض المساهمين يكون لهم دور أساسى أو أصيل والبعض الآخر يكون دورهم ثانوى أو تابع وإن كان لازماً لوقوع الجريمة . ويتعارض مع ما استقر عليه الوضع فقهاً وتشريعاً وقضاء منذ زمن بعيد من التمييز بين الفاعل والشريك من نواح متعددة .

ومع ذلك لا يوجد اتفاق على معيار واحد نميز به بين الفاعل والشريك، إذ نادى رأى بالمعيار الشخصى القائم على الركن المعنوى، وذهب رأى آخر إلى الأخذ بالمعيار المادى الذى يستند إلى الركن المادى ، ونادى رأى ثالث بمعيار مختلط من المعيارين الشخصى والمادى معاً[5].

---

(1) ١٩٥٠/٥/٣٠ أحكام النقض س١ رقم ٢٣٠ ص٧٠٩ ، نقض ١٩٥٢/٥/٨ أحكام النقض س٣ رقم ٣٠٣ ص ٨٠٨.

(2) د.السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، دار المعارف القاهرة ، الطبعة الرابعة ص ٢٩٧ ، الدكتور محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٤٠٣.

(3) د.محمود مصطفى: المرجع السابق ، ص ٣٤٠ .

(4) د. فتوح الشاذلى: قانون العقوبات المصرى ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص ٣٢٢.

(5) د.فوزية عبد الستار: المساهمة الأصلية فى الجريمة ، دراسة مقارنة ، ١٩٦٧ ص ٨٥ وما بعدها ، الدكتور محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ، ص ٤٠٦ ، وما بعدها . الدكتور احمد فتحى سرور ، المرجع السابق ، ص ٥٩٤ وما بعدها.

ونعرض فيما يلى معايير التفرقة بين الفاعل والشريك ثم نبين بعد ذلك الوضع فى القانون المصرى .

أولاً : معايير التفرقة بين الفاعل والشريك :

١ - المعيار الشخصي :

يرتكز هذا المعيار على مقدمة أساسية وهى ضرورة ارتباط نشاط المساهم بالجريمة التى وقعت برابطة السببية، ويميز بين المساهمين على أساس الإرادة أو النية ، فمن توافر لديه إرادة أو نية الفاعل فهو فاعل، ومن توافرت لديه إرادة أو نية الشريك فهو شريك ، دون اعتداد بأهمية النشاط أو الدور الذي يقوم به كل منهما ، فالفاعل طبقاً لهذا المعيار هو من اتجهت إرادته رأساً ومباشرة إلى ارتكاب الجريمة ، أما الشريك فهو من اتجهت إرادته إلى وقوع الجريمة بطريق غير مباشر أى عن طريق وسيط وهو الفاعل .

ويذهب بعض أنصار هذا المعيار إلى صياغته بطريقة أخرى ترتكز على فكرة المصلحة والقول بأن الفاعل هو من اتجهت إرادته إلى تحقيق مصلحة خاصة به ، بينما الشريك هو من اتجهت إرادته إلى تحقيق مصلحة غيره .

ويؤخذ على هذا المعيار عدم دقته وصعوبة تطبيقه لاعتماده على الإرادة، وهى أمر باطنى يصعب الكشف عنه.

٢ - المعيار الموضوعى :

يميز هذا المعيار بين الفاعل والشريك على أساس الركن المادى للجريمة أو على أساس الأفعال المادية للمساهمين بصفة عامة . فيذهب بعض أنصاره إلى أن الفاعل هو من يتحقق بسلوكه الركن المادى للجريمة أو جزءاً من هذا الركن حسب النموذج القانونى لها، أو هو من يكون قد بدأ فى تنفيذ الجريمة أى يكون قد حقق بفعله ما يتعادل والشروع فيها ، أما الشريك فهو من يرتكب أفعالاً تخرج عن نطاق الركن المادى للجريمة ، ويحاول البعض الآخر من أنصار هذا الاتجاه توسعة نطاقه بإضافة الأفعال الضرورية للتنفيذ، حتى ولو لم تكن تعد بدءاً فى تنفيذ الجريمة، أى حتى ولو كانت مجرد أعمال تحضيرية لها .

ويتميز هذا المعيار بدقته ووضوحه وسهولة تطبيقه، إلا أنه يؤخذ عليه الخلط بين الفاعل والشريك فى بعض الأحوال . لأن أفعال المساهمين تتضافر وتتعاون فى سبيل وقوع الجريمة ولهذا فهى ضرورية ولازمة لذلك ، أما الأفعال الملازمة أو المصاحبة لتنفيذ الجريمة فهى لا تعدو أن تكون مساعدة أثناء تنفيذ الجريمة . والمساعدة كما هو معلوم هى أحد الأفعال التى يتحقق بها الاشتراك فى الجريمة ، ويعتبر من يقدم المساعدة أثناء تنفيذ الجريمة على هذا النحو شريكاً لا فاعلاً.

٣ - المعيار المختلط :

يستند هذا المعيار إلى فكرة السيادة أو السيطرة على المشروع الإجرامى . فالفاعل هو صاحب السيادة أو السيطرة على المشروع الإجرامى . وهو يكون كذلك إذا اتجهت إرادته إلى تحقيق غاية معينة من ناحية، والسيطرة على فعله أو نشاطه وتوجيهه إلى تحقيق تلك الغاية من ناحية أخرى ، فهو من يسيطر على الفعل ويوجه إرادته نحو تحقيق غاية معينة ، ولو كان دوره المادى يقتصر على مجرد التحضير للجريمة أو المساعدة على ارتكابها . أما الشريك فهو من حبذ أو سهل الوصول إلى هذه الغاية، واقتصرت سيطرته على وسيلة تدخله فقط لا على الفعل المكون للجريمة.

ويؤخذ على هذا المعيار ما يؤخذ على المعيار الشخصي من صعوبة تطبيقه، وأن فكرة السيطرة على الفعل المادى فكرة غامضة يصعب تحديدها ، كما أن هذا المعيار لا يميز بين المساهمين فى الجريمة على أساس أهمية دور كل منهم ، بل إنه يجعل للأعمال التحضيرية فى بعض الأحوال أهمية تفوق الأعمال التنفيذية، لا لشيء سوى القول بالسيطرة على الفعل المكون للجريمة .

ثانيا : معيار التفرقة بين الفاعل والشريك في القانون المصري :

نصت المادة ٣٩ عقوبات على أنه " يعد فاعلاً للجريمة : أولا من يرتكبها وحده أو مع غيره . ثانيا : من يدخل فى ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتى عمدا عملاً من الأعمال المكونة لها .... " ويتضح من نص المادة ٤٠ عقوبات أن الشريك هو من يرتكب أحد أفعال الاتفاق أو التحريض أو المساعدة .

ويستفاد من المادة ٣٩ عقوبات أن المشرع المصرى ينحاز إلى المعيار الموضوعى للتمييز بين الفاعل والشريك ، وأن هذا المعيار هو البدء فى التنفيذ أو الشروع ، فلكى نحدد صفة المساهم والقول بأنه فاعل أم شريك يجب أن نستبعد نشاط المساهمين مجتمعين، وننظر إلى نشاط كل مساهم على حدة، ونتصور أنه النشاط الوحيد الذى يسعى به إلى ارتكاب الجريمة ، فإذا كان هذا النشاط يحقق البدء فى تنفيذ الجريمة أى يتوافر به الشروع فى الجريمة يكون هذا المساهم فاعلاً، أما إذا كان هذا النشاط مجرد عمل تحضيري ، فإن من ساهم به يصدق عليه وصف الشريك، أما إذا كانت تلك الأعمال غير داخلة فى تنفيذ الجريمة اعتبر مقترفها شريكاً إذا كان هذا العمل هو من قبيل التحريض أو الاتفاق أو المساعدة .

ويؤيد هذا الاتجاه غالبية الفقه ، كما أيدته محكمة النقض بعد تردد. فقد جرى قضاؤها فى أول الأمر على الأخذ بالمعيار الموضوعى القائم على أساس البدء فى التنفيذ أو الشروع ، وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه إذا أطلق ثلاثة أشخاص أعيرة نارية على شخص بقصد قتله فأصابه عياران فقط، فإنهم جميعاً فاعلون للقتل حتى صاحب العيار الذى لم يصب[1] .

لكنها فى بعض أحكامها ضيقت من دلالة الفاعل بحيث جعلتها مقتصرة على من يرتكب كل أو بعض الفعل الذى يقوم عليه الركن المادى للجريمة، حيث قضت "بأنه لبيان الحد الفاصل بين الفاعل الأصلى والشريك فى جريمة تعدد فيها المتهمون، ينظر إلى الأعمال التى اقترفها كل منهم ، فإن كانت هذه الأعمال داخلة مادياً فى تنفيذ الجريمة التى حدثت عُد مقترفها فاعلاً أصلياً ، أما إذا كانت تلك الأعمال غير داخلة فى تنفيذ الجريمة فيعتبر مقترفها شريكاً ، إذا كان هذا العمل هو من قبيل التحريض أو الاتفاق أو المساعدة بالقيود المعروفة بالمادة ٤٠ من قانون العقوبات[2]. وأنه إذا ثبت أن القتل لم يحدث إلا من طلق واحد فقط ، وكان المتهمون أكثر من شخص وأطلق كل منهم عياراً، فمطلق العيار الذى سبب الوفاة هو الذى انحصرت فيه الأعمال المادية التى نفذت بها الجريمة وأما مطلق العيار الذى لم يصب فلم يرتكب الجريمة ولم يأت عملاً من الأعمال الداخلة فى تكوينها، وإذن فليس هذا الزميل سوى مجرد شريك[3]. وقد غالت محكمة النقض فى هذا الاتجاه حين قضت باعتبار المساهم شريكاً حتى ولو ثبت أن العيار النارى الذى أطلقه أصاب المجنى عليه فقط ولكن لم تنشأ عنه الوفاة[4] .

ونتيجة لما تقدم قضت محكمة النقض أنه إذا لم يثبت أن أحد المتهمين هو بعينه صاحب العيار الذى أحدث الوفاة فلا يمكن أن يعد أحد المتهمين فاعلاً أصلياً وإنما يكون كل منهما شريكاً ، لأن القدر المتيقن فى حق كل منهما أنه إنما اتفق مع زميله على ارتكاب الجريمة ، وصمم كلاهما على تنفيذها بناء على الاتفاق ، وقد وقعت فعلاً بناء عليه، فيكون كل منهما شريكاً للآخر لفاعل أصلى مجهول من بينهما[5].

وقد عدلت محكمة النقض عن هذا القضاء بسبب الانتقادات التى وجهت إليها، وعادت إلى قضائها الأول الذى

---

(1) نقض ١٩١٤/١١/٢٨ ، ١٩١٤/١٢/٥ ، ١٩٢٠/٩/٢٥ ، ١٩٢٥/١١/٢٠ ، ١٩٢٦/١/٤ مشار إليها عند الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٤ هامش (٤) ، وأنظر لسيادته أيضاً اتجاهات قضاء محكمة النقض والإبرام فى التفرقة بين الفاعل والشريك فى الجريمة ، مجلة القانون والاقتصاد س١٢ ص٤١ وما بعدها ، نقض ١٩٢٩/١٠/١٠ مجموعة القواعد جـ١ رقم ٢٩٠ ص ٣٤٧.

(2) نقض جنائى جلسة ١٩٣٠/١١/٢٧ مجموعة القواعد جـ٢ رقم ١١٤ ص ١٣٢ ، ١٩٣١/٢/٢٢ مجموعة القواعد جـ٢ رقم ١٨٨ ص ٢٤٢ ، ١٩٣١/٤/٥ مجموعة القواعد جـ٢ رقم ٢٣٤ ص ٢٨٦.

(3) نقض جنائى جلسة ١٩٣١/٤/٥ ، السابق الإشارة إليه .

(4) أنظر حكم النقض السابق .

(5) نقض جنائى جلسة ١٩٣٠/١١/٢٧ سابق الإشارة إليه ، نقض ١٩٣١/٢/٢٢ سابق الإشارة إليه ، ١٩٣٩/٥/٨ مجموعة القواعد جـ٤ رقم ٣٨٥ ص ٥٤٤ ، نقض ١٩٣٩/١٠/٢٣ مجموعة القواعد جـ٤ رقم ٤١٦ ص ٥٨٤ ، نقض ١٩٤١/٣/١٠ مجموعة القواعد جـ٥ رقم ٢٢٥ ص ٤١٧.

استقرت عليه الآن ، حيث قضت بأنه: " يعد فاعلاً من يقصد التدخل في ارتكاب الجريمة، ويأتي عمداً عملاً من الأعمال المرتكبة فى سبيل تنفيذها، متى كان علمه فى حد ذاته يعتبر شروعاً فى ارتكابها، ولو كانت الجريمة لم تتم بهذا الفعل ، وإنما تمت بفعل واحد أو أكثر ممن تداخلوا معه فيها ، فإذا اتفق شخصان أو أكثر على ارتكاب جريمة القتل، ثم اعتدى كل منهم فعلاً على المجنى عليه، فإن كلا منهم يعتبر فاعلاً لا شريكاً فى جناية القتل، ولو كانت الوفاة لم تنشأ إلا من فعل واحد منهم ، عرف أم لم يعرف[1] .

ولكن محكمة النقض لم تتوقف عند هذا الحد فى تحديد الفاعل ، بل توسعت فى هذا التحديد واعتبرت المساهم -فى بعض الحالات- فاعلاً للجريمة على الرغم من أن ما صدر عنه لا يعتبر بداءً فى التنفيذ ولا شروعاً، وإنما مجرد أعمال تحضيرية، متى كانت تلك الأعمال لها دور رئيسى فى تنفيذ خطة الجريمة، وكان المساهم موجوداً على مسرح الجريمة وقت التنفيذ .

وهذا يعنى أن محكمة النقض لم تعد تتقيد بمعيار البدء فى التنفيذ أو الشروع للتمييز بين الفاعل والشريك، ولم يعد هو المعيار الوحيد فى هذا المجال ، بل وضعت إلى جانبه معياراً آخر أوسع منه تستند إليه بمفرده فى بعض الصور، وهو معيار القيام بدور رئيسى على مسرح الجريمة وقت ارتكابها .

وتطبيقاً لهذا المعيار قضت بأنه إذا كان المتهم وقف ليراقب الطريق بينما زملاؤه يجمعون القطن لسرقته فإنه يكون فاعلاً أصلياً فى السرقة، لأن هذا الذي فعله هو من الأعمال المكونة لها[2].

وقضت بأنه يعد فاعلاً لا شريكاً فى جريمة الإتلاف المتهم الذى يقف حاملاً سلاحاً إلى جانب زملاؤه ليحرسهم وهم يتلفون الزراعة، لأن فعله هذا هو من الأعمال المكونة للجريمة[3]. وأنه إذا كان المتهمون فى سرقة قد قام بعضهم بتلهية سكان المنزل ، وبعضهم بدخوله والاستيلاء على المسروقات ، وتمت الجريمة بناء على ذلك، فإنهم جميعاً يكونون فاعلين أصليين[4]. وقضت بأن جلوس أحد المتهمين بالسرقة يتكلم مع حارس الشيء الذى سرق لكى يسهل لزميله السرقة ، فذلك يعد عملاً من الأعمال المكونة للجريمة، فيعد فاعلاً فيها متى تمت الجريمة بأخذ المسروق وإخراجه من حيازة

---

(1) نقض جنائى جلسة ١٩٤١/٢/٣ مجموعة جـ٥ رقم ٢٠٠ ص ٣٨٣، نقض ١٩٤١/١٠/٢٧ مجموعة القواعد جـ٥ رقم ٢٩١ ص ٥٦٣، نقض ١٩٤٢/١٢/٧ مجموعة القواعد جـ٦ رقم ٣١ ص ٤٣، ١٩٤٢/١٢/١٤ مجموعة القواعد جـ٦ رقم ٤٤ ص ٦٥، نقض ٢٩/ ١٩٤٣/١١ مجموعة القواعد جـ٦ رقم ٢٦٧ ص ٣٤٢، نقض ١٩٤٥/٦/٤ مجموعة القواعد جـ٦ رقم ٥٩٥ ص ٧٣٠، نقض ١١/٥/ ١٩٤٥ مجموعة القواعد جـ٧ رقم ١ ص ١، نقض ١٩٤٧/١١/١٧ مجموعة القواعد جـ٧ رقم ٤١١٩ ص ٤٠٠، نقض ١٩٤٩/٥/٩ مجموعة القواعد جـ٧ رقم ٨٩٩ ص ٨٧٤، نقض ١٩٥١/٤/٩ أحكام النقض س٢ رقم ٣٤٢ ص ٩٢٦، نقض ١٩٥٢/٥/٢٧ أحكام النقض س٣ رقم ٣٧٤ ص ١٠٠٥، نقض ١٩٥٣/١/٦ أحكام النقض س٤ رقم ١٣٨ ص ٣٥٢، نقض ١٩٥٥/٤/١٢ س٦ رقم ٢٥٩ ص ٨٤٦. ومن تطبيقات هذه الاتجاه ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا كان الثابت أن المتهمين قد اتفقا على سرقة القطن فلما اعترض الحارس ووقف حائلاً دون ذلك أمسك به المتهم الثانى لشل مقاومته وطعنه الآخر بسكين ، فإن ذلك مما يصح معه قانوناً وصف المتهم الثانى بأنه فاعل أصلى مادام أنه تداخل تداخلاً مباشراً فى تنفيذ جريمة الشروع فى القتل مما عفاه الشارع فى المادة ٣٩ ثانيا لأن كلاً منهما قد أتى عمدا عملاً من الأعمال المكونة للجريمة (نقض ١٩٦١/٦/٥ أحكام النقض س ١٢ رقم ١٢٢ ص ٦٣٨). وكذلك ما قضت به من أن الجانى يسأل بصفته فاعلاً فى جريمة الضرب المفضى إلى الموت إذا كان هو الذى أحدث الضربة أو الضربات التى أفضت إلى الوفاة أو ساهمت فى ذلك، أو أن يكون هو قد اتفق مع غيره على ضرب المجنى عليه ثم باشر معه الضرب تنفيذاً للغرض الإجرامى الذى اتفق معه عليه، ولو لم يكن هو محدث الضربة أو الضربات التى سببت الوفاة بل كان غيره ممن اتفق معهم هو الذى أحدثها (نقض ١٩٧٩/٤/٩ أحكام النقض ٣٠ رقم ٩٨ ص ٤٦١). وأنه إذا كان الحكم قد أثبت فى حق الطاعن اتفاقهم على قتل المجنى عليهم الأولين وباشر كل منهم فعل القتل تنفيذا لما اتفقوا عليه، فإن هذا مقتضاه قانوناً مساءلتهم جميعاً عن جريمة القتل العمد دون حاجة إلى تعيين من منهم أحدث الإصابات القاتلة (نقض ١٩٨٣/٤/١٤ أحكام النقض ، ص ٣٤ رقم ١٠٦ ص ٥١٥). وانظر أيضاً نقض ١٩٨٥/٦/١٣ أحكام النقض س٣٦ رقم ١٣٩ ص ٧٨٩).

(2) نقض جنائى جلسة ١٩٤٠/١/٨ ، مجموعة القواعد جـ٥ رقم ٤٥ ، ص ٦٧ .

(3) نقض جنائى جلسة ١٩٤١/٥/٢٦ مجموعة القواعد جـ٥ رقم ٢٦٩ ص ٥٢٦ ، نقض ١٩٥١/٣/٦ أحكام النقض س٢ رقم ٣٧٢ ص ٧٢٣.

(4) نقض جنائى جلسة ١٩٤٢/٤/٥ مجموعة القواعد جـ٥ رقم ٣٣٢ ص ٦٠٣.

صاحبه[1] . وأنه إذا اتفق المتهم مع زملائه على السرقة، وذلك بأن يدخل الزملاء المنزل لأخذ المسروق منه ويبقى هو على مقربة منهم يحرسهم ليتمكنوا من تنفيذ مقصدهم المتفق عليه ، فإنه يكون فاعلاً فى السرقة لا مجرد شريك فيها .

أهمية التمييز بين المساهمة الأصلية والمساهمة التبعية:

يترتب على التمييز بين المساهم الأصلى (الفاعل) والمساهم التبعى (الشريك) آثار قانونية متعددة نجملها فيما يلى:

أولاً: تنص المادة ٤١ عقوبات على أن " من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها". وهذا يقرر قاعدة التسوية فى العقوبة بين الفاعل والشريك. ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ ينص القانون فى بعض الأحوال على عقوبة للشريك تختلف عن عقوبة الفاعل الأصلى ، وفى مثل هذه الأحوال تتضح أهمية التمييز بين الفاعل والشريك. ففى بعض الحالات ينص القانون على عقوبة للشريك أخف من عقوبة الفاعل الأصلى.

مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٥ عقوبات من أن " المشاركين فى القتل الذى يستوجب الحكم على فاعله بالإعدام يعاقبون بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة " ، أى أن عقوبة الشريك - وفقاً لهذا النص - أقل من عقوبة الفاعل ، فالفاعل عقوبته ذات حد واحد وهو الإعدام، بينما الشريك عقوبته على سبيل التخيير بين الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة .

ثانياً: قد يجعل القانون تعدد المساهمين فى بعض الجرائم ظرفاً مشدداً لها، كما هو الشأن فى جريمة السرقة وإتلاف المزروعات وانتهاك حرمة ملك الغير. ويذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن هذا الظرف لا يعد متوافراً إلا إذا تعدد المساهمون الأصليون فى الجريمة (أى إذا تعدد الفاعلون) ، فلو ارتكب الجريمة فاعل واحد ساهم معه أكثر من شريك لا يتوافر الظرف المشدد[2].

ثالثاً: يشترط القانون بالنسبة لبعض الجرائم ضرورة توافر صفة معينة فى الفاعل ، فلا تقوم الجريمة قانوناً إذا تخلفت تلك الصفة فى الفاعل حتى ولو كانت متوافرة لدى الشريك . مثال ذلك جريمة الرشوة التى يجب أن تتوافر فى الفاعل فيها صفة الموظف العام . وجريمة الزنا التى يجب أن يكون فاعلها متزوجاً، وجريمة وقاع أنثى بغير رضاها التى يجب أن يكون فاعلها رجلاً. فلا تقوم جريمة الرشوة إذا لم يكن الفاعل فيها موظفاً عاماً حتى ولو كان شريكه موظفاً عاماً، ويصدق نفس المعنى على جريمة الزنا وجريمة وقاع الأنثى .

رابعاً: عقاب الشريك يتوقف على وقوع فعل أصلى معاقب عليه ، ومن ثم لا عقاب على أفعال الاشتراك إذا كان الفعل الأصلى غير معاقب عليه . مثال ذلك الانتحار ، فالانتحار لا عقاب عليه، ومن ثم فإن أفعال الاشتراك فى الانتحار سواء كانت اتفاقاً أو مساعدة لا عقاب عليها. ولكن إذا تجاوز الشريك حدود أفعال الاشتراك وبدء فى تنفيذ الانتحار أو نفذه بالفعل - حتى ولو كان برضاء المنتحر - فإنه يعاقب فى هذه الحالة عن جريمة الشروع فى القتل أو القتل حسب الأحوال، باعتباره فاعلاً أصلياً للقتل لا شريكاً فى الانتحار .

خامساً: يختلف تأثير الظروف الشخصية للمساهم، عليه وعلى غيره من المساهمين، بحسب صفته وما إذا كان فاعلاً أو شريكاً.

سادساً : إن تعدد المساهمون فى جريمة وقعت كلها فى الخارج، وكان أحدهم أو بعضهم فى مصر ، فإن خضوع من يوجد منهم فى مصر لقانون العقوبات المصرى - تطبيقاً لمبدأ الإقليمية - يتوقف على دور كل مساهم . فإذا كان المساهم مجرد شريك لا يخضع لقانون العقوبات المصري، بينما إذا كان المساهم فاعلاً طبق عليه قانون العقوبات المصري[3].

سابعاً : بالنسبة لأسباب الإباحة النسبية، أى تلك التى لا تنتج أثرها ولا يستفيد منها إلا من تتوافر فيهم صفات معينة، مثل صفة الزوج أو الأب بالنسبة لحق التأديب، ومثل صفة الطبيب بالنسبة لممارسة الأعمال الطبية ، ومثل صفة

---

(1) نقض جنائى جلسة ١٩٤٧/١٢/١ مجموعة القواعد جـ٧ رقم ٤٣٢ ص ٤٠٧.
(2) د.السعيد مصطفى السعيد: المرجع السابق ، ص ٢٨٩ ــ ٢٩٠ ، د.محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٤١٣.
(3) د.عوض محمد عوض: المرجع السابق ، ص ٣٤٣.

الموظف العام فى اداء واجبه، فلكى تنتج مثل هذه الاسباب اثرها فى الإباحة يجب ان يكون الفاعل هو الاب او الزوج، ولكى يباح العمل الطبى يجب أن يكون الفاعل طبيباً، وهكذا .

المساهمة الجنائية الأصلية (الفاعلون أو الفاعل مع غيره) :

فاعل الجريمة هو من توافر فى حقه الركن المادى والركن المعنوى للجريمة ، بينما المساهمة الجنائية الأصلية لا تقوم إلا إذا توافرت الأركان العامة للمساهمة، مع الأخذ فى الاعتبار أن المساهمة الأصلية تقوم بين فاعل وفاعل آخر او أكثر.

ونبين فيما يلى أركان المساهمة الأصلية وعقوبتها .

أركان المساهمة الأصلية

تفترض المساهمة الأصلية وجود أكثر من فاعل، ووحدة الجريمة وتحققها . ووحدة الجريمة تتطلب وحدة مادية تتمثل فى تضافر نشاط أكثر من فاعل أو مساهم أصلى لتحقيق الهدف المشترك بينهم، ووحدة معنوية تقوم أساساً على قصد التداخل فى الجريمة ، أى تلك الرابطة الذهنية التى تجمع بين الفاعلين . وتعتبر الوحدة المادية بمثابة الركن المادى للمساهمة الأصلية ، كما تعتبر الوحدة المعنوية بمثابة الركن المعنوى فيها .

أولاً : الركن المادى للمساهمة الأصلية :

يتكون الركن المادى للمساهمة الأصلية من مجموع نشاط المساهمين الأصليين الذين تتضافر جهودهم نحو تحقيق النتيجة الإجرامية فى الجريمة التى تقع نتيجة لهذا التضافر، وعلاقة سببية مادية تربط بين نشاط كل فاعل أو شريك وتلك الجريمة من ناحية، ونشاط كل فاعل مضافاً إلى غيره من الفاعلين أو الشركاء وتلك الجريمة من ناحية أخرى .

وقد بينت المادة ٣٩ عقوبات صور تحقق الركن المادى فى المساهمة الأصلية، فنصت على أنه " يعد فاعلاً للجريمة : أولاً : من يرتكبها وحده أو مع غيره. ثانياً : من يدخل فى ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتى عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها". فصور الفاعل الذى يتحقق على يديه الركن المادى فى المساهمة الأصلية -كما يتضح من النص السابق- هى الفاعل الوحيد والفاعل مع غيره والفاعل الذى يأتى عملاً من الأعمال المكونة للجريمة (1) . ويجمع بين الصور السابقة قاسم مشترك يتمثل فى أن الفاعل فيها يرتكب الجريمة أو الفعل بنفسه ، ولهذا يطلق عليه الفقه "الفاعل المادى " تمييزاً له عن الفاعل الذى يرتكب الجريمة بواسطة غيره ويطلق عليه الفقه " الفاعل المعنوى".

وإذا كانت صور الفاعل المادى لا تثير جدلاً حول اعتبارها من المساهمة الأصلية، فإن الأمر ليس محل اتفاق بالنسبة لما يطلق عليه الفقه "الفاعل المعنوى".

١- صور الفاعل المادى :

(أ) الفاعل الوحيد أو الفاعل بمفرده :

الفاعل الوحيد هو الذي يحقق بمفرده جميع عناصر الركن المادى للجريمة، وإذا كان هذا الركن المادى يتكون من جملة أفعال، فإن الفاعل الوحيد هو الذي يرتكب كل هذه الأفعال ويحقق بمفرده كل عناصر هذا الركن دون أن يساهم معه شخص آخر بأدنى نصيب فى هذا المجال. ففى جريمة القتل تتوافر صورة الفاعل الوحيد إذا كان الفاعل وحده هو الذى أطلق الرصاص فى مقتل أو أعمل السلاح فى جسم المجنى حتى فارق الحياة، وفى جريمة السرقة يقوم وحده بفعل الاختلاس بأن

---

(1) وتأكيداً لهذا المعنى قضت محكمة النقض " أن الفاعل إما أن ينفرد بجريمته أو يسهم معه غيره فى ارتكابها ، فإذا أسهم فإما أن يصدق على فعله وحده وصف الجريمة التامة ، وإما أن يأتى عمدا عملا تنفيذيا فيها ، إذا كانت الجريمة تتكون من جملة أفعال ، سواء بحسب طبيعتها أو طبقاً لخطة تنفيذها ، وحينئذ يكون فاعلاً مع غيره ممن تداخلوا فيها ، عرف أم لم يعرف " : نقض ١٩٧٠/٣/١٥ أحكام النقض س٢١ رقم ٩١ ص ٣٦٥ ، وأنظر فى نفس المعنى ١٩٨٠/٣/١٧ سابق الإشارة إليه ، نقض ١٩٨١/٤/١٩ أحكام النقض س ٣٢ رقم ٦٦ ص ٣٦٦ ، نقض ١٩٨٦/٣/١٥ أحكام النقض س ٣٧ رقم ٨٠ ص ٣٨١.

ينهى الجانى حيازة المال المسروق وينشئ حيازة جديدة له أو لغيره على هذا المال بقصد تملكه. وتتوافر هذه الصورة سواء كان هو الجانى الوحيد فى الجريمة أو كان له شركاء ساهموا معه فى ارتكابها.

(ب) الفاعل مع غيره:

هذه هى الصورة الحقيقية للمساهمة الأصلية لأنها تفترض التعدد، وهو ركن من الأركان العامة فى المساهمة الجنائية . ويعتبر المساهم فاعلاً مع غيره فى ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يحقق كل مساهم جميع عناصر الركن المادى للجريمة، بحيث لو نظرنا إلى نشاط كل منهم على حدة لوجدناه كافياً لوقوع الجريمة، كما لو تعاون عدة أشخاص فى سرقة أمتعة وحمل كل منهم جانباً منها، فكلهم فاعل لجريمة السرقة، إذ إن ما ارتكبه كل منهم فى ذاته مكون لهذه الجريمة، وإنما اتحادهم فى القصد واتفاقهم على ارتكاب الجريمة هو وحده الذى يجعل الفعل الذى وقع واحداً مع تعدد فاعليه[1] .

الصورة الثانية: أن يأتى كل مساهم عملاً من الأعمال التى يتكون منها الركن المادى للجريمة، فى هذه الصورة من المساهمة الأصلية ، وإنما يرتكب كل مساهم جزءاً من الركن المادى للجريمة كما هو موصوف فى نموذجها القانوني . فإذا كان قصد كل منهم التدخل بعمله إلى جانب غيره من المساهمين ووقعت الجريمة، كان هؤلاء المساهمون جميعاً فاعلين للجريمة. ففى جريمة النصب مثلاً يتعدد الفاعلون حينما يدلى أحدهم بأقوال كاذبة ويتولى الآخرون تأييد هذه الأقوال وتدعيمها بأساليب احتيالية. ويتعدد الفاعلون فى جريمة السرقة بالإكراه إذا ارتكب أحدهم الإكراه وقام الأخرون بالسرقة. ويتعدد الفاعلون فى جريمة التزوير حين يصطنع أحدهم وقام الآخرون بالسرقة. ويتعدد الفاعلون فى جريمة القتل إذا أراد عدد من الجناة قتل المجنى عليه فينهالون عليه بعصيهم ضرباً حتى يموت وهكذا.

الصورة الثالثة: فى هذه الصورة لا يصدر عن المساهم عملاً من الأعمال التى تدخل فى تكوين الركن المادى للجريمة ، وإنما يتمثل فى فعل خارج عن هذا الركن، ولكنه على الرغم من ذلك له أهمية كبيرة بحيث لولاه ما وقعت الجريمة أصلاً، أو لما وقعت فى الزمان أو فى المكان بالكيفية التى وقعت بها، مما يقتضى معاملته معاملة الفاعل الذى يقوم به الركن المادى. مثال ذلك الإمساك بالمجنى عليه لمنعه من المقاومة حتى يتمكن الآخر من إعمال السلاح فى جسده[2]، أو كسر باب شقة حتى يتمكن آخر من سرقة بعض محتوياتها، أو إيقاف عربة بقصد قتل من فيها ويقتله آخر كان معه.

فأفعال الإمساك بالمجنى عليه وكسر باب الشقة وإيقاف العربة لا تدخل ضمن عناصر الركن المادى لجريمة القتل أو السرقة، ومع ذلك فهى ذات أهمية كبيرة لوقوع الجريمة، بحيث لولاها ما وقعت الجريمة، أو لما وقعت فى الزمان أو المكان أو بالكيفية التى وقعت بها، ولهذا تعتبر هذه الأفعال مساهمة أصلية فى جريمة القتل أو السرقة، ويعتبر مرتكبها مساهماً أصلياً أى فاعلاً فى جريمة القتل أو السرقة حسب الأحوال.

<u>٢- الفاعل المعنوى :</u>

الفاعل فى الصورة السابقة هو الذى يحقق بسلوكه الشخصى الركن المادى للجريمة أو جزءاً من هذا الركن أو البدء فى التنفيذ، ولهذا سمى بالفاعل المادى، لأنه يصدر عنه شخصياً نشاط مادى يعتبر بسببه مساهماً أصلياً فى الجريمة. ولكن قد يحدث ألا يرتكب الشخص الفعل التنفيذى بنفسه وإنما يستعين فى ذلك بغيره يسخره للقيام بهذا الفعل، بشرط أن يكون هذا الغير غير أهل لتحمل المسئولية الجنائية أو حَسن النية. فيكون الغير هنا بمثابة أداة فى يد هذا الشخص يستعين بها أو يسخرها للقيام بالفعل التنفيذى لحسابه، ويطلق على هذا الشخص فى الفقه اسم " الفاعل المعنوى". ويطلق على الغير "المنفذ المادى" أو "الفاعل المادى".

ومن أمثلة ذلك من يحرض مجنوناً على قتل عدوه فيقتله، أو من يغرى طفلاً بحرق منزل فيضرم الطفل النار

---

(1) د.مصطفى السعيد : المرجع السابق ، ص ٢٩١ ، نقض ١٩٦٠/٥/٢ أحكام النقض س١١ رقم ٨٠ ص ٤٠٢.

(2) نقض ١٩٦١/٦/٥ أحكام النقض س ١٢ رقم ١٢٧ ص ٦٣٨.

بالمنزل بناء على هذا الإغراء، أو من يعطى خادمه حسن النية طعاماً مسموماً ليقدمه لعدوه الذى يتناول منه ويموت ، أو من يطلب من عامل فى مطعم أن يسلمه معطفاً لأحد الزبائن موهماً إياه أنه معطفه فيسلمه إياه بناء على هذا الإيهام .

فى هذه الأمثلة وقع الفعل الإجرامى من المجنون أو الصغير (وهما غير أهل لتحمل المسئولية الجنائية) أو الخادم أو العامل (وكلاهما حسن النية)، أما من دفعهم للقيام بهذه الجرائم فلم يصدر عنه نشاط مادى ، ولكن الحقيقة أن الجريمة وإن وقعت "مادياً" ممن هو غير أهل لتحمل المسئولية الجنائية أو من حسن النية ، إلا أنها "معنوياً" وقعت من شخص دفعهم إليها وسخرهم لتنفيذ إرادته الإجرامية على نحو كانوا فيه فى حكم "الأداة" لتنفيذ الجريمة .

ولم يقر القانون المصرى نظرية الفاعل المعنوى بنص صريح ، حيث لم يتضمن قانون العقوبات نصاً خاصاً بفكرة الفاعل المعنوى[1] ، ولهذا السبب انقسم الفقه بين منكر لها وبين مؤيد لها .

المطلب الثانى
صور المساهمة الجنائية فى جرائم الامتناع

الفرع الأول
المساهمة الأصلية فى جرائم الامتناع

لا يوجد ما يمنع من تصور المساهمة الجنائية فى جرائم الامتناع، شأنها شأن باقى الجرائم، طالما توافرت علاقة السببية بين السلوك (سلبى أو إيجابى) وبين النتيجة المترتبة وفقاً للنموذج القانونى للجريمة .. سواء كان مرتكب فعل الامتناع واحداً أو تعدد. فعلى سبيل المثال إحجام الوالدين عن إطعام طفليهما قاصدين قتله، تتحقق المساهمة إذا توافرت علاقة السببية بين فعل كل واحد مرتكب للجريمة وبين النتيجة الإجرامية فضلاً عن توافر القصد الجنائى وذلك بانصراف إرادة كل منهما إلى تحقيق نفس النتيجة وهى وفاة الطفل .

والمساهمة الجنائية جائزة أيضاً فى جرائم الامتناع المجرد، فمثلاً م ١٢٤ ق.ع المصرى التى تجرم إضراب الموظفين الممتنعين عن العمل فى صورة جماعية منها ثلاثة على الأقل، ولو كان ذلك فى صورة استقالة، بشرط أن يتفقوا على ذلك، أو ابتغوا تحقيق غرض مشترك بينهم، فالمشرع حينئذ، يتطلب تعدداً حتمياً[2].

<u>الفاعل المعنوى فى جرائم الامتناع</u> :

ويمكن تصور ذلك مثلاً فى حال الأبوين – المكلفين – بإطعام طفلهما، فأوهم الأب الأم بأنه سيقوم بإطعام الطفل نيابة عنها وبناء عليه تركت الأم إطعام الطفل، وكان امتناع الأب بقصد القتل. فإن الأب قد سخر الأم -حسنة النية – فى تنفيذ جريمته. وأيضاً فى حال رجال المطافى الذين حضروا لإطفاء النيران فى مكان الحريق ، فوجد أحدهم غريماً له فأوهم على

---

(1) ذهب رأى فى الفقه إلى أن قانون العقوبات أخذ بنظرية الفاعل المعنوى فى جرائم معينة . مثال ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٦ عقوبات التى تعاقب كل موظف عمومى أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف ، وما نصت عليه المادة ١٤٤ عقوبات التى تعاقب كل من أخفى بنفسه أو بواسطة غيره شخصاً فر بعد القبض عليه ، وما نصت عليه المادة ٢٨٥ التى تعاقب كل من خطف طفلاً بنفسه أو بواسطة غيره . ففى هذه الجرائم يسوى المشرع بين الفاعل الأصلى والشريك الذى يحرض الغير على ارتكابها ، أى أنه فى نظرهم اعتبر المحرض فاعلاً معنوياً للجريمة . انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد : المرجع السابق ، ص ٣٠٠ ، والأستاذ محمود إبراهيم إسماعيل : المرجع السابق ، ص ٣٠٢ ، والحقيقة أن النصوص السابقة لا تكشف عن اعتناق المشرع المصرى نظرية الفاعل المعنوى ولو بصورة ضمنية ومحدودة ، لأن تلك النظرية تفترض أن يكون المنفذ المادى غير أهل لتحمل المسئولية أو حسن النية والأمر كذلك بالنسبة للجرائم السابقة .

(2) نص م ١٢٤ ق .ع : إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ولو فى صورة الاستقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنية ويضاعف الحد الأقصى لهذه العقوبة إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يجعل حياة الناس ....الخ".

غير الحقيقة بإطفاء النار، ولم يفعل فتركه حتى مات.

وأيضاً فى حال الممرضتين اللتين عُهد إليهما رعاية أحد المرضى، فأوهمت إحداهما الأخرى أنها ترعاه على غير الحقيقة، فمات على أثر ذلك، فإن الممرضة حسنة النية أداة فى يد الممرضة الممتنعة الفاعلة فى تنفيذ جريمتها.

وقد ذهب البعض[1] إلى إنكار نظرية الفاعل المعنوى على جرائم الامتناع، استناداً إلى أن الإحجام عن القيام بالالتزام القانونى والمفروض على المنفذ المادى للجريمة حسن النية لا يمكن تبريره بخضوعه لاستغلال الفاعل المعنوى له أو تأثره به .

<u>ومن جانبنا نرى :</u>

أن هذا الرأى غير صحيح، وذلك لأن التحريض ينطوى على بث فكرة الجريمة فى ذهن الغير، والدفع إلى تنفيذها، وهذا غير متصور فى حسن النية ... فضلاً عن أن المساعدة بالتحريض تتطلب وحدة الركن المعنوى بين الفاعل الأصلى والفاعل بالتحريض، وهذا لا يتوافر هنا .

ولا يمكن مساءلة الممتنع وهو حسن النية عن جريمة غير عمدية، لأنه يناقض وحدة الجريمة المتمثل فى الركن المعنوى، وذلك لانعدام القصد الجنائى لدى أحد المساهمين فى الجريمة، فيجب أن يكون كل مساهم قد قصد ذات قصد الآخر فى وقوع ذات الجريمة .

ومما يؤيد هذا ما أقرته محكمة النقض بشأن الفاعل المعنوى فى عدة أحكام لها، منها من وضع السم فى حلوى وأوصلها عن طريق آخر حسن النية اعتبره فاعل قاتل للسم هذا فى شأن الجرائم الإيجابية، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من تطبيقه فى الجرائم السلبية[2] .

الفرع الثانى
المساهمة التبعية فى جرائم الامتناع

<u>تمهيد :</u>

المادة ٤٠ من قانون العقوبات المصرى حددت وسائل الاشتراك (المساهمة التبعية) بثلاث صور : التحريض أو الاتفاق أو المساعدة . ولا تشترط فى الشريك أن تكون له علاقة مباشرة مع الفاعل، وإنما يشترط وقوع الجريمة فعلا بناء على تحريض أو اتفاق أو مساعدة فى الأعمال المجهزة أو المسهلة .

وهذه الصورة من نوعين الأول : معنوى مجاله التأثير على نفسية الجانى ومعنوياته وهما التحريض والاتفاق. بينما الثانى مادى ومجاله ماديات العمل الصادر عن الفاعل وهو المساعدة .

ولمعرفة مدى تحقق المساهمة التبعية فى جرائم الامتناع بصورها الثلاث ينبغى التفرقة بين المساهمة التى تتم بسلوك إيجابى أى بفعل، والتى تتم بسلوك سلبى أى امتناع.

<u>١ـ المساهمة التبعية التى تتم بسلوك إيجابى :</u>

جرائم الامتناع لا تختلف عن غيرها من الجرائم الإيجابية فى إمكان وقوعها بوسائل اشتراك إيجابية .

أـ الاشتراك بالتحريض :

يتحقق ذلك فى جرائم الامتناع ذات النتيجة وجرائم الامتناع المجرد، ومثال ذلك من يحرض ممرضة على ترك المريض بدون علاج واعداً إياها بهدية فتستجيب لطلبه، فلا تلتزم بأداء واجبها القانونى فى الرعاية، فيموت المريض نتيجة لذلك .

---

(2) د. أحمد المجدوب: التحريض على الجريمة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة سنة ١٩٧٠ ، ص ٢١٢ .

(1) د.فتوح الشاذلى: المرجع السابق ، ص ٥٢٢ هامش رقم ٢.

أو من يحرض حارساً على ترك المحبوس للفرار من العدالة، فيمتنع عن أداء واجبه القانونى فى الحراسة ، فيهرب أثر ذلك .

ب- الاشتراك بالاتفاق :

وذلك باتحاد إرادة شخصين أو أكثر على ارتكاب جريمة ، فمثلاً اتفاق عدد من جنود حراسة أحد أبراج السجن على ترك مكان الخدمة لهروب بعض المساجين . أو اتفاق بعض الأطباء بأحد المستشفيات على عدم إنقاذ المصابين فى حادث معين ، فيمتنع أحدهم عن إنقاذ مصاب مشرف على الموت .

جـ- الاشتراك بالمساعدة :

وهى تقديم العون إلى الفاعل، ويتحقق ذلك إذا هيأ الشريك الوسائل المعاونة اللازمة التى تمكن الممتنع من عدم القيام بالواجب المفروض عليه . ومثال ذلك : من يمنع وصول رجل المطافى إلى مكان الحريق لوجود غريمه بداخل النار ليحقق موته ، أو من يمنع مدرب السباحة من إنقاذ غريق على وشك الغرق .

وجدير بالذكر أن المساهمة الجنائية بصورها الثلاث يمكن أن تتحقق فى جرائم الامتناع المجرد مثلما الحال فى جرائم الامتناع ذات النتيجة[1].

٢- المساهمة التبعية التى تتم بسلوك سلبى (امتناع) :

اختلف الفقهاء فى هذا الموضوع، هل يمكن أو يتصور تحقيق المساهمة التبعية لسلوك سلبى ؟ لقد انقسم الفقه فى ذلك إلى فريقين هما :

أولاً: عدم تحقق الاشتراك بالامتناع :

يطلب أصحاب هذا الرأى نشاطاً إيجابياً من الشريك لا يكفى الامتناع عن الحيلولة لوقوع الجريمة لتحقيق الاشتراك وتأسيساً على ذلك لا يمكن محاسبة الشرطى الذى يمتنع عن القبض على مجرم يرتكب جريمة سرقة أو الذى يهرب من حارسه ، وإنما يعاقب عسكرياً أو تأديبياً فقط .

حجج هذا الرأى :

١- نص م ٤٠ التى حددت صور الاشتراك التحريضى – الاتفاق - المساعدة، وهى لا تكون إلا بنشاط إيجابى، ولا يتصور فيها النشاط السلبى .
٢- محكمة النقض المصرية قررت هذا المبدأ صراحة فقالت: لا جدال أن الاشتراك فى الجريمة لا يكون إلا من أعمال إيجابية ولا ينتج أبداً عن أعمال سلبية[2] .

.... وقد علق على هذا الحكم الأستاذ الدكتور عوض محمد بقوله "وفى إطلاق الحكم على هذا النحو وسوقه فى صياغة القطع والجزم نظر. وإذا كان الحكم صحيحاً على إطلاقه فى خصوص التحريض والاتفاق - لأن كلا منهما يقتضى التعبير عنه بنشاط إيجابى - فإنه لا يصح إطلاقه بالنسبة للمساعدة، لأنها يمكن أن تتحقق بنشاط إيجابى أحياناً وبنشاط سلبى أحياناً أخرى، ولا محل للخشية من أن يؤدى ذلك إلى إفراط فى تقدير الاشتراك، لأنه من المتفق عليه أن السلوك السلبى لا يعد امتناعاً إلا إذا كان مقترناً بالتزام قانونى يفرض على الممتنع أن يقوم بعمل، وهذا الحكم يسرى على الفاعل "الشريك جميعاً

---

(1) د. مأمون سلامة: جرائم الارتكاب بالامتناع ، ص ١٦٤.
(٢) نقض ٢٨ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية جـ ٦ رقم ٥٨٣ ص ٧١٩ .

وقد قضت المحاكم المصرية قبل هذا الحكم أنه إذا قدم المأمور - بأمر المدير متهمين فى سرقة إلى أحد الأعيان، ووضعهم تحت تصرفه ليناقشهم ويحصل منهم على اعتراف، فأمر رجاله فضربوهم وحبسوهم حتى اعترفوا، وكان ذلك بحضور المأمور تحت نظره فضلاً عن أن ذلك لا يعد أمراً من المأمور بتعذيب المتهمين ، فإنه لا يعد اشتراكاً منه فى جريمة ضرب[2].

٣- الاتجاه السائد فى الفقه والقضاء الفرنسى أن الاشتراك لا يكون بامتناع ، فنشاط الشريك فى صورة الثلاث يجب أن يكون إيجابياً . فلا يمكن اعتبار الشريك الذى يمتنع عن منع وقوع جريمة معينة، أو يمتنع عن إخطار السلطات بوقوعها وإن جاز معاقبته لجريمة أخرى قائمة بذاتها طبقاً لنص م (٦١٦) من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى الذى يلزم بعض الموظفين إذا علموا بحبس شخص دون وجه حق أن يطلقوه من سجنه[3] .

ويقول جارد فى هذا الصدد إن قاعدة وجوب أن يكون فعل الاشتراك إيجابياً قاعدة أساسية فى التشريع الفرنسى ومحكمة النقض الفرنسية التزمت فى بعض أحكامها بهذه القاعدة فقد قضت فى قضية تتلخص فى مشاهدة شخص لص يسرق حقيبة وكان فى مقدوره منع السرقة ولكنه امتنع فأدانته محكمة الموضوع ، ولكن محكمة النقض ألغت هذا الحكم استناداً إلى القاعدة السابقة .

والفقه الفرنسى يبرر عدم المساهمة الجنائية بطريق الامتناع إلى أن الامتناع عدم وفراغ، ولا ينتج أثراً، فضلاً عن صعوبة إثبات الركن المعنوى .

ثانياً: إمكان تحقق الاشتراك لسلوك سلبى (امتناع) :

يذهب أصحاب الرأى إلى إنه ليس هناك ما يحتم إيجابية وسائل الاشتراك، وليس فى نص م (٤٠) ما يستلزم ذلك[4] ولا يوجد ما يمنع من مساءلة شخص امتنع عن أداء ما يفرض عليه قانوناً، وساهم فى تحقيق نتيجة إجرامية، مثل الخادم الذى يترك الباب مفتوحاً، فإن المساعدة السلبية التى أتاها الجانى قد تكون أقوى وأكبر تأثيراً من المساعدة الإيجابية ، خاصة إذا كان الجانى ملتزماً بأداء واجب قانونى للحيلولة دون وقوع النتيجة وامتنع عن ذلك ، فى جعل تنفيذ الجريمة أسهل مما فى الوضع العادى، فمثلاً أحد الخفراء المعينين ليلاً على أحد البنوك إذا ما امتنع عن أداء واجبه بضبط اللصوص الذين يسرقون البنك - مع إمكانه منع ذلك إذا ما قام بتنفيذ واجبه القانونى .

ويشترط الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى وجود التزام قانونى على عاتق الممتنع بالتدخل للحيلولة دون وقوع الجريمة وكان فى مقدوره ذلك، وهذا يسرى على الفاعل والشريك على السواء[5] .

كما يشترط الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام لاعتبار صاحب السلوك السلبى (الممتنع) شريكاً فى الجريمة أن يكون إحجامه عن منع هذه الجريمة راجعاً لا إلى محض تراخ أو إهمال، وإنما إلى كونه قصد بذلك الإحجام تيسير وقوع الجريمة والمساعدة عليها[6].

---

(١) د. عوض محمد عوض: قانون العقوبات ، القسم العام ، الناشر دار الجامعة الجديدة ، طبعة ٢٠٠٠ ، ص ٣٧٥ بند ٢٨٩ بعنوان هل تصح المساعدة بسلوك سلبى ، حيث ذهب سيادته إلى مسايرة محكمة النقض فى أن الاشتراك فى الجريمة لا يتكون إلا من أعمال إيجابية ولا ينتج أبداً من أعمال سلبية . إلا انه قرر انه لا يصح إطلاق ذلك بالنسبة للمساعدة لأنها تتحقق بنشاط إيجابى وسلبى أيضاً لأنه من المتفق عليه أن السلوك السلبى لا يعد امتناعاً إلا إذا كان مفروضاً بالتزام قانونى يفرض على الممتنع . ويبنى سيادته هذا الرأى على أن الجار لا يعد شريكاً بالمساعدة إذا رأى اللصوص يسرقون من بيت جاره وكان فى وسعه منعهم أو التبليغ عنهم فلم يفعل، ولكن رجل الأمن يعتبر شريكاً بالمساعدة إذا وقعت الجريمة تحت سمعه وبصره وكان فى وسعه منع الجريمة ولم يفعل .

(٢) الاستئناف ١٠٩٢/٥/١٠ الحقوق س ١٧ ص ١٠٦ .

(٣)الاستئناف فى ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ الحقوق س ١٧ ، ص ١٠٦ .

(4) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات ، فقرة ٢٤١ ، ص ٣١٦ .

(5) د. محمود نجيب حسنى: المساهمة الجنائية فى التشريعات العربية ، طبعة معهد الدراسات المصرية سنة ١٩٦١ ، ص ٢٨٥.

(6) د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائى ، منشأة المعارف طبعة ١٩٩٧ ، ص ٥٤٦ .

والحقيقة أن المساهمة بالامتناع مثلما تتحقق بصورة عمدية قد تتحقق بصورة غير عمدية، مادمنا قد سلمنا بإمكان تحققها فى الجرائم العمدية فليس هناك ما يمنع من تحققها فى الجرائم غير العمدية[1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها بان الاشتراك بالاتفاق لا يستلزم حتماً عملاً إيجابياً من جانب الشريك، وأنه إذا اشتملت المحكمة من سكوت الملك المعين حارساً على الأشياء المحجوزة، ومن عدم معارضته لأخيه فى التصرف فى تلك الأشياء فضلاً عن كونه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع فإنه لا غبار عليه لأن الاتفاق لا يستلزم حتماً عملاً إيجابياً من جانب الشريك، بل يكفى لتحققه أن يلتزم الحارس موقفاً سلبياً[2] .

موقف الفقه والقضاء المقارن :

١- **موقف القضاء الإيطالى :** قضت المحكمة الإيطالية العليا فى شأن المساهمة بالامتناع أنه لكى يمكن اعتبار الامتناع العمدى مساهمة فى الجريمة بناء على م (١١٠) من قانون العقوبات الإيطالى ينبغى أن يكون هناك واجب قانونى يمنع تحقق النتيجة غير المشروعة، ورغم ذلك فإن الملزم قانوناً بذلك الواجب لا يقع تحقيقها[3] .

وفى حكم آخر قضت بالنسبة لنص م ٤٠ قانون العقوبات الإيطالى المتعلقة برابطة السببية، أن عدم منع نتيجة معينة من جانب من عليه واجب قانونى بمنعها يعادل إحداثها، ومن حيث رجل الشرطة فإنه بمقتضى اللوائح الخاصة للشرطة يعتبر دائماً فى حالة خدمة . ذلك أن الشرطى عليه دائماً واجب قانونى يمنع تحقق الجريمة، حتى ولو كان فى لحظة وقوع الجريمة فى فترة إجازة، ويساهم فى الجريمة نفسها إذا لم يرد منعها[4].

ويستفاد مما سبق أن المساهمة الجنائية بطريق الامتناع تستلزم مخالفة واجب قانونى يكون فى صورة سلوك معين أدى إلى تسهيل وقوع الجريمة ، وهنا عكس الموافقة السلبية المجردة، أى لم يساهم بأى فعل مادى أو معنوى فى الجريمة، أى لم يتفق على الجريمة أو يساعد فيها .

٢- **موقف الفقه والقضاء الألمانى :**

الرأى السائد يؤيد صلاحية الامتناع بالمساعدة ويتطلب واجبين: الأول إتيان فعل قانونى معين وذلك من مصادره السابق توضيحها .

والثانى الحيلولة دون وقوع النتيجة، فضلاً عن علاقة السببية بين الامتناع والجريمة.

وقد أوضحنا توسع القضاء الألمانى فى ذلك فى بحث علاقة السببية ووضع ضوابط فى هذا الشأن.

الفرع الثالث
رأينا فى مشكلة المساهمة التبعية فى جرائم الامتناع

تمهيد :

محور المشكلة للمساهمة التبعية أى (الشريك) فى جرائم الامتناع هى صعوبة إثبات القصد الجنائى، خاصة فى خضوع قصد الاشتراك للقواعد العامة فى القصد الجنائى، أى يتطلب أن يكون القصد الجنائى ملماً ومحيطاً بكل ماديات الجريمة عن كل فعل يأتيه، وتكوين إحدى صور المساهمة التبعية التى حددها القانون .

ونتيجة لذلك تكون علاقة السببية، مع الأخذ فى الاعتبار الإرادة المتجهة إلى الفعل الذى قام به المساهم التبعى والشريك، فمن ساعد على جريمة ينبغى أن يكون على علم بأن مساعدته أو إعانته على تحقيق النتيجة الإجرامية هى التى

---

(1) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٢٠٣ .
(2) نقض ١٤ ديسمبر ، سنة ١٩٣٤، ومجموعة القواعد القانونية جـ٣ رقم ٢٩٩ ص ٤٠٣.
(3) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٢٠٤ مشار إليها الهامش ٢.
(4) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٢٠٤ مشار إليها الهامش ٣ .

أنه بصرر مساعدته إلى تحقيق ذلك .

ويذهب الرأى السائد فى الفقه إلى استبعاد الجرائم غير العمدية من عداد الجرائم التى تتصور المساهمة التبعية فيها لأن حجتهم أن الامتناع ليس له فاعله سببية لكون نشاطه سلبياً وأيضاً صعوبة إثبات القصد الجنائى .

ومن جانبنا نرى :

أن هذا الرأى قد عكس الرأى القائل بأن الامتناع عدم لا ينتج إلا عدما ... وقد استقر الرأى السائد حالياً على أن الامتناع ليس عدما، بدليل بعض نصوص التشريعات فى الفقه المقارن التى أقرت بسببية الامتناع فى ارتكاب جرائم الامتناع خاصة ذات النتيجة .

كما أنه ليس بلازم فى السلوك المطابق مادياً لنموذج الجريمة - كما رسمه نص التجريم - أن ينطوى نفسانياً على القصد الذى يتطلبه هذا النموذج، فقد يتوافر مادياً بدون أن يقترن به نفسياً القصد الجنائى الذى يستلزمه القانون لوجود الجريمة . وفى هذه الحالة يكون قد تحقق من الجريمة مظهرها المادى بغير الباطن النفسانى اللازم لتوافرها[1].

كما أن صعوبة إثبات القصد الجنائى مردود عليه بأن ذلك خلط بين الممكن وإثباته ، فضلاً عن أن نص المادة ٤٠ ليس فيها ما يستلزم إيجابية وسائل الاشتراك، كما لا يوجد فيها ما يمنع من اتخاذ وسائل الاشتراك -بالامتناع- فى تحقيق النتيجة .

ونخلص مما سبق إلى إمكانية تصور المساهمة بطريق الامتناع فى الواقع العملى وذلك على البيان التالى :

أولاً: التحريض بالامتناع :

التحريض من شأنه التحريض فى الشخص، وحمله على التصرف على وجه معين بنشاط المحرض ذو طبيعة نفسية يتجه به صاحبه إلى نفسية الفاعل، لكى يؤثر عليه فيدفعه إلى ارتكاب فعل يؤدى إلى وقوع الجريمة[2] .

فالتحريض بصفة عامة هو كل ما يهيج شعور الفاعل ويدفعه إلى ارتكاب الجريمة[3] ، والتحريض بذاته سابق للجريمة، والعبرة فيه بطبيعته وتأثيره لا بصورته ولا شكلى أى أنه قد يقع شفاهة أو كتابة أو بالأشياء والإشارات ذات الدلالة .

غير أنه ينبغى الإشارة والتأكيد على أن المحرض بالامتناع لابد وأن يكون مكلفاً بواجب قانونى يمنع الجريمة ومثال ذلك الأب الذى يعرض عليه ولده الصغير فكرة إجرامية فى السرقة مثلاً فيظهر له ارتياحه ومشاركته للعمل، يمتنع عن أداء دوره بالنصح والإرشاد والمنع .

وفى حياتنا العملية تم ضبط فتاة تبلغ من العمر أحد عشر عاماً، وكانت تتردد على قاعات الأفراح وتقوم بسرقة المدعوين خلال انشغالهم بمشاهدة فقرات الحفل، والاستيلاء على هواتفهم المحمولة وبعض متعلقاتهم الشخصية من حقائب وخلافه .

وبالمناقشة تبين أن ذلك بتحريض من الأم . وتطبيقاً لقانون الطفل يتم اتخاذ أحد التدابير الوقائية طبقاً لنص م ١٠١ من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ . وبالنسبة للأم فيطبق عليها نص المادة ١١٦ من ذات القانون، التى تعاقب من عرض طفلاً للانحراف بالحبس، وتغلظ العقوبة إذا كان الجانى من أحد أصوله أو المسئولين عن تربيته أو ملاحظته[4].

ثانياً: الاتفاق بالامتناع :

وقد عرفته محكمة النقض بأنه " اتحاد نية أطرافه على ارتكاب الفعل المتفق عليه ، وهذه النية أمر داخلى لا يقع

---

(1) د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائى، ص ٦٤٧ .
(2) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٢٠٨ والهامش رقم ٢ .
(3) نقض ١٦ مايو ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية جـ١ رقم ٢٦٣ ص ٣٠٨.
(4) محرر هذه الوقائع فى القضايا أرقام ٢٤٢٥ لسنة ٢٠٠٧ جنح أحداث ، القضية ٢٧٧٦ لسنة ٢٠٠٧ إدارى أحداث .

تحت الحواس ولا يظهر بعلامات خارجية، فمن حق القاضي إذا لم يقم عليه دليل مباشر أن يستدل عليه بطريق الاستنتاج والقرائن التى تقوم لديه(1) .

ويعرفه البعض بأنه انعقاد إرادتين أو أكثر على ارتكاب الجريمة(2)، ويمكن تحقيق الاتفاق بالامتناع لأنه لا يستلزم حتماً عملاً إيجابياً. ومستفاد ذلك من حكم محكمة النقض "بأنه إذا اشتملت المحكمة من سكوت المالك المعين حارساً على الأشياء المحجوزة ومن عدم معارضته لأخيه فى التصرف فى تلك الأشياء أن هناك اتفاقاً بين الأخوين على تبديدها فهذا الاستنتاج فضلاً عن كونه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، فإنه لا غبار عليه لأن الاتفاق لا يستلزم حتماً عملاً إيجابياً من جانب الشريك، بل يكفى لتحققه أن يلزم الحارس موقفاً سلبياً(3) .

وعلى هذا فالموقف السلبى من جانب الملتزم قانوناً بمنع الجريمة يدل على وجود اتفاق من الفاعل والشريك، كما فى حالة الحارس على الأشياء المحجوزة فى الحكم السابق .

ثالثاً : المساعدة بالامتناع :

المساعدة تعنى تقديم العون أياً كانت صورته إلى الفاعل الأصلى فيتم تسهيل ارتكاب الجريمة على أثر ذلك . بل إن نص م ٤٠ الفقرة الثالثة يتسع ليشمل كل صور المعاونة على ارتكاب الجريمة (4).

ومثال ذلك الخادم الذى يعلم باللصوص القادمين إلى مسكن مخدومه فيترك الباب مفتوحاً مساهمة منه لجريمة السرقة .

وهنا نلاحظ أن على الخادم واجب قانونى تعاقدى، إلا أنه تخلى عن هذا الواجب، وكذلك الشأن فى حالة رجل الأمن الذى يقع تحت نظره جريمة فإن يعد شريكاً بالمساعدة طالما كان فى وسعه المنع ولم يفعل .

وقد ذهب الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى إلى القول بأنه أحياناً تكون المساعدة السلبية أجدى فى كثير من الأحيان من المساعدة الإيجابية(5) ، فالممتنع الذى عليه واجب قانونى بالحيلولة دون وقوع جريمة ، إذا تقاعس عن القيام بأداء واجبه يكون قد ساعد وسهل من ارتكاب الجريمة، ومن ثم نجد المساعدة السلبية سهلة التحقيق .

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها بأن الاشتراك بالاتفاق لا يستلزم عملاً إيجابياً من جانب الشريك، وجاء فى الحكم ما يلى " أنه إذا ما استنتجت المحكمة من سكوت المالك المعين حارساً على الأشياء المحجوزة ومن عدم معارضته لأخيه فى التصرف فى تلك الأشياء أن هناك اتفاقاً بين الأخوين على تبريرها، فهذا الاستنتاج فضلاً عن كونه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع فإنه لا غبار عليه، لأن الاتفاق لا يستلزم حتماً عملاً إيجابياً من جانب الشريك بل يكفى لتحققه أن يلزم الحارس موقفاً سلبياً(6).

نستخلص من ذلك أن المساهمة بطريق الامتناع يمكن تحققها سواء بالتحريض أو بالاتفاق أو بالمساعدة.

---

(1) نقض ١٩ فبراير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية جـ٣ رقم ٢١١ص ٢٧٢.
(2) د. محمود مصطفى: المرجع السابق، ص ٣٣٦ .
(3) نقض ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٩ ، مجموعة القواعد القانونية س٢ رقم ٣٤ ص ١٠٨ .
(4) د. محمود محمود مصطفى: المرجع السابق ، ص ٣١٩.
(5) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٤٥٩ .
(6) نقض ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية و ٣ رقم ٢٩٩ ، ص ٤٠٣ وفى هذا المعنى أيضاً نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧٣ المحاماة س٥٩ العددان الثالث والرابع (مارس وإبريل ١٩٧٩) ، ص ١٧ .

المساهمة الجنائية فى الشريعة وعلاقتها بجرائم الامتناع

تمهيد :

الجريمة مثلما تقع من شخص واحد، فقد تقع من الجماعة، ويمكن التعبير عنه (بالمساهمة الجنائية) وهى تعنى إسهام عدد من الجناة فى ارتكاب جريمة واحدة وتقوم على عنصرين تعدد الجناة، ووحدة الجريمة. وقد أفتى بذلك الصحابة. فقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قتل جماعة اشتركوا فى قتل واحد وقال عبارته الشهيرة "ولو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به".

وأيضاً الإمام على بن أبى طالب قتل الجماعة بالواحد ، وفى ذلك علة واضحة لأنه لو لم يقتل الجماعة بالواحد لأدى ذلك إلى استعانة القاتل بغيره ومن ثم يهرب من العقاب وهو ما يسمى بالفاعل المعنوى عند شراح القوانين الوضعية .

وقد يتعاون آخرون عند ارتكاب جريمة وتتعدد صور المعاونة إما بالتحريض أو الاتفاق أو الإعانة، أى صور الاشتراك فى الجريمة، وهو ما يسمى عند فقهاء الشريعة بالاشتراك بالتسبيب .

وغنى عن البيان أن بعض مصطلحات الفقه الإسلامى تختلف عن نظائرها فى الفقه الوضعى، فيطلق تعبير "مباشر" الجريمة على من نفذ الجريمة بنفسه ويقابله تعبير الفاعل فى الفقه الوضعى، ويطلق على تعبير الاشتراك المباشر أو بالمباشرة على حالة تعدد الجناة الذين قاموا بدور رئيسى فى ارتكاب الجريمة. ويفترض أن كل من مرتكبى الجريمة قد آتى جزءاً من الفعل المكون للركن المادى ويقابله (تعدد الفاعلين) أو تعدد المساهمين الأصليين أو حالة "الفاعل مع غيره". ويطلق تعبير الاشتراك بالتسبيب على حالة الشخص الذى يقوم بدور ثانوى إلى جانب آخر يقوم بالدور الرئيسى فيها ويقابله لفظ الاشتراك أو التدخل أو المتدخل والتحريض أو المحرض فى الفقه الوضعى[1].

ومن ثم سوف نستعرض هاتين الصورتين من المساهمة الجنائية فى الشريعة، وهى الاشتراك المباشر والاشتراك بالتسبيب، وعلاقة ذلك بجرائم الترك أو الامتناع.

المطلب الأول : الاشتراك المباشر .

الفرع الأول : مفهوم الاشتراك المباشر .

الفرع الثانى : علاقته بجرائم الامتناع .

المطلب الثانى : الاشتراك بالتسبيب .

الفرع الأول : مفهوم الاشتراك بالتسبيب .

الفرع الثانى : علاقته بجرائم الامتناع.

المطلب الأول

الاشتراك المباشر

الفرع الأول

مفهوم الاشتراك المباشر

تمهيد :

يعنى الاشتراك المباشر تعدد الجناة الذين قام كل منهم بدور رئيسى فى ارتكاب الجريمة.

---

(1) د. محمود نجيب حسنى ، الفقه الجنائى الإسلامى (الجريمة) ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٧ ، ص ٤٢٠.

وتقتضى دراسة الاشتراك المباشر تحديد الفعل الذى يجعل مرتكبه شريكاً مباشراً، ويتطلب ذلك وضع معيار للتمييز بينه وبين الاشتراك بالتسبب عن طريق المعاونة الذى يفترض القيام بدور ثانوى فى ارتكاب الجريمة .

وتتعدد الحالات التى يتوافر فيها الاشتراك المباشر:

فثمة حالة واضحة لا يتصور أن تثير خلافاً فى الرأى: هى حالة ما إذا تقاسيم شخصان ارتكاب الفعل الذى يقوم به الركن المادى للجريمة، إذ يعتبر كل منهما شريكاً مباشراً فى الجريمة.

ولكن نطاق الاشتراك المباشر لا يقتصر على ذلك فقد يأتى شخص نشاطاً لا يعتبر جزءاً من الفعل الذى يقوم به الركن المادى للجريمة، ومع ذلك فإنه يقوم عن طريقه بدور رئيسى فى الجريمة، مما يقتضى – وفق معيار الاشتراك المباشر – اعتباره شريكاً مباشراً[1].

وتقتضى دراسة الاشتراك المباشر تحديد حكم الشص الذى يسخر شخصاً آخر غير أهل للمسئولية الجنائية أو حسن النية فى ارتكاب الجريمة، وما إذا كان يعتبر شريكاً مباشراً فى الجريمة، أم مجرد شريك بالتسبب. ويعرف هذا الشخص فى الفقه الوضعى بأنه "الفاعل المعنوى للجريمة".

وتقتضى هذه الدراسة تحيد حكم الشخص الذى لم يقترف الفعل الذى يقوم به الركن المادى للجريمة أو جزءاً من هذا الفعل، ولكن كان حاضراً أثناء ارتكاب الجريمة وفى مكان ارتكابها، يشد أزر من ينفذها، ومستعداً إذا اقتضت ظروف تنفيذها أن يباشر بنفسه الفعل الذى تقوم به أو جزءاً من هذا الفعل.

أولاً: الاشتراك بالمباشرة الذى يتخذ صورة ارتكاب الفعل الذى يقوم به الركن المادى للجريمة (تعدد الفاعلين)

ماهية النشاط الإجرامى للشريك المباشر[2] :

تفترض هذه الحالة للاشتراك المباشر أن الفعل الذى يقوم به الركن المادى للجريمة قد تجزأ بين عدد من الجناة، فكل منهم أتى جزءاً منه، بحيث كان الفعل هو مجموع ما أتاه الجناة مجتمعين. والفرض فى هذه الحالة أن نشاط كل جان ارتبط بالنتيجة الإجرامية بعلاقة سببية. وأمثلة هذه الحالة أن ينهال عدد من الجناة ضرباً على المجنى عليه قاصدين إزهاق روحه فيموت نتيجة لهذه الأفعال فى مجموعها، أو أن يحملوه بين أيديهم فيقذفوه من أعلى بناء فيرتطم بالأرض ويموت. ومن أمثلة هذه الحالة كذلك أن يدخل عدد من الجناة مسكن المجنى عليه لسرقته ويحمل كل منهم بعض متاعه وينصرف به.

وصادفنا وضعان فى هذه الحالة: وضع نجد فيه الفعل الذى ارتكبه كل جان على حدة كافياً لكى يسأل عن الجريمة مسئولية تامة، مثال ذلك أن يحدث كل جان بالمجنى عليه جرحاً قاتلاً، أى يكون من شأن كل جرح على حدة أن يحدث وفاة المجنى عليه، ولكن الجرحين فى مجموعهما أحدثاها. ومثال ذلك أيضاً أن يدخل عدد من الجناة مسكن المجنى عليه لسرقته ويحمل كل منهم بعض متاعه ويغادر به المسكن.

أما الوضع الثانى، فيفترض أن الفعل الذى ارتكبه كل جان على حدة غير كاف لأن تقوم به الجريمة، لأن ركنها المادى لم يتحقق بفعله وحده، ولكنه تحقق نتيجة الأفعال التى ارتكبها الجناة الآخرون مجتمعة بحيث لو نظرنا إلى فعله وحده وصرفنا النظر عن أفعال غيره لوجدنا الجريمة لم تتم به، مثال ذلك أن يريد عدد من الجناة قتل المجنى عليه، فينهالوا عليه بعصيهم حتى يموت، ويثبت أن وفاته لم تكن راجعة إلى فعل منهم، وإنما كانت راجعة إلى أفعالهم فى مجموعها. وليس بين الوضعين فارق، فالجناة فى جميع الفروض السابقة يعتبرون شركاء مباشرين.

شروط توافر الاشتراك بالمباشرة :

١- تعدد الجناة، وهذا بديهى فإذا لم يتعددوا فلن يوجد اشتراك.

---

(1) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٣٢.

(2) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٣٣.

٢- الاشتراك يكون فى فعل يكون جريمة .
٣- توافر الرابطة الذهنية بين الشركاء (الجناة) وتقوم مقام الركن المعنوى للجريمة أى الوحدة المعنوية للجريمة وضابطها فى الفقه الإسلامى هو التمالؤ.

فالتوافق : هو اتجاه إرادة المشتركين فى الجريمة لارتكاب الجريمة دون اتفاق مسبق بينهم، بل قد يجتمع الدافع الشخصى والفكرة الطارئة معاً فى دوافع ارتكاب الجريمة كما هو فى المشاجرات التى قد تحدث فجأة، ومثاله: سارق تم ضبطه متلبساً بسرقة فقام المجنى عليه بضربه، وتصادف مرور ثالث فيندفع لاستكمال الضرب على السابق، فالأول والثانى يمثلان دافعاً شخصياً وأن اختلفا فيه، والثالث وليد الفكرة باندفاع فطرى لديه .

التمالؤ:

يقتضى الاتفاق المسبق بين الشركاء كاتفاق الشركاء على القتل بأن قام أحدهما بالطعن والثانى بالإمساك له[1] ، أو بالتوجه إلى السرقة وحمل أدوات ارتكاب السرقة مع الشركاء وتواجدهم بمحل واقعة السرقة ، وهذا التمالؤ مستفاد من القول المأثور لعمر بن الخطاب " لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به". فهذا التمالؤ هو الاتفاق والإعداد المسبق بين الشركاء ويشار إلى أن الإمام ألا حنيفة لا يفرق بين التوافق والتمالؤ فحكمهما واحد عنده على أساس أن الجانى لا يُسأل إلا عن فعله فقط .

وفقهاء الشريعة يعتبرون الفاعل المعنوى بمثابة فاعل أصلى استناداً إلى أنه شريك مباشر، وذلك بأنه[2] يعتبر مباشراً للجريمة الشريك المتسبب إذا كان المباشر آلة فى يده يحركه كيفما يشاء، ولا خلاف بينهم فى ذلك، وإنما الخلاف فى التطبيق، فمن يأمر شخصاً غير مميز أو حسن النية بقتل آخر، فيقتله، فإن الأمر يعتبر عند مالك والشافعى وأحمد مباشراً للجريمة ، بينما أبا حنيفة لا يعتبره مباشراً استناداً إلى أن الفاعل لا يُسأل إلا عن فعله فقط .

القاعدة فى الشريعة أن تعدد الفاعلين لا يؤثر على العقوبة التى يستحقها كل منهم، ولو أن الجانى لم يأت بكل الأفعال المكونة للجريمة ، فعقوبة الاشتراك هى ذات العقوبة المقررة لمن ارتكب الفعل بمفرده.

وأيضاً أن الظروف الخاصة بكل شريك لا تؤثر على عقوبة الشريك الآخر، بل الشركاء لا يستفيدون من تلك الظروف كصفة الفاعل أو قصده أو صفة الفعل وغير ذلك[3] ، وهى ذات النظرية المطبقة فى القانون المصرى من م ٣٩ ق.ع والتى تنص على أنه إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضى تغير وصف الجريمة أو العقوبة فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها.

ثانياً: الاشتراك بالمباشرة الذى لا يتخذ صورة ارتكاب الفعل الذى يقوم به الركن المادى للجريمة

ماهية النشاط الذى تفترضه هذه الحالة للاشتراك المباشر[4] :

يتمثل نشاط الجانى – فى هذه الحالة – فى إتيان فعل خارج عن الركن المادى للجريمة، وتكون له على الرغم من ذلك أهمية فى ارتكابها، تقتضى التساؤل عما إذا كان يمكن وضعه فى مصاف الفعل الذى يعتبر جزءاً من الركن المادى للجريمة .

---

(1) هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء على ثلاثة آراء ، الحنفية والظاهرية يقولون بقتل القاتل وتعزير الممسك بالحبس حتى الموت ، والمالكية يقول بالقتل إذا ثبت القصد من الممسك لأنهما شريكان، ورأى ثالث عند المالكية بأنه يقاد مع الآخر= =دون حاجة إلى إثبات قصد القتل عنده وفعله دال على قصده .
(2) البحر الرائق جـ٨ ص ٣١٠.
(3) أ. عبد القادر عودة: المرجع السابق، ص ٣٦٢.
(4) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٣٥.

ومن أمثلة هذه الحالة أن يمسك الجانى بالمجنى عليه لمنعه من المقاومة تمكينا لآخر من إعمال السلاح فى جسمه، أو أن يوقف الجانى العربة التى يستقلها المجنى عليه تمكيناً لآخر من طعنه الطعنة القاتلة، أو أن يكسر الجانى باب مسكن المجنى عليه تمكيناً لزميله من الدخول فيه وارتكاب السرقة، أو أن يحطم قفل خزانة تمكيناً لزميله من الاستيلاء على محتوياتها .

والفرض فى الأمثلة السابقة وجود التمالؤ بين الجناة: فمن اقتصر نشاطه على الإمساك بجسم المجنى عليه، أو على إيقاف العربة التى يستقلها، هو متمالئ مع من ارتكب الفعل القاتل على إحداث وفاة المجنى عليه. وكذلك الأمر بالنسبة لمن كسر باب المسكن أو حطن قفل الخزانة، فالفرض فيه أنه متمالئ مع من ارتكب فعل إخراج المال من حرزه.

حكم الشخص الذى أتى فعلاً غير داخل فى كيان الركن المادى للجريمة[1] :

هل يعتبر هذا الشخص شريكاً مباشراً أم شريكاً بالتسبب عن طريق المعاونة؟

اختلف الرأى فى الفقه الإسلامى بين رأى يوسع من مدلول الشريك المباشر ويدخل فيه الحالة السابقة، ورأى يضيق من هذا المدلول فيعتبر الحالة السابقة حالة اشتراك بالتسبب.

الرأى الموسع فى تحديد مدلول الاشتراك المباشر[2] :

أساس هذا الرأى أن هذا الفعل، وإن كان غير داخل فى كيان الركن المادى للجريمة إلا أنه يمثل مع ذلك أهمية كبيرة فى تنفيذها، إذ بدونه ما كان يمكن تنفيذها، على الأقل فى الصورة التى نفت بها. ولما كان ضابط اعتبار الجانى شريكاً مباشراً فى الجريمة أنه قام بدور رئيسى فى ارتكابها، فإنه يتعين بناء على ذلك اعتبار الشخص الذى أتى الأفعال السابقة شريكاً مباشراً ، لا مجرد شريك بالتسبب عن طريق المعاونة. وهذا الرأى يحتاج إلى ضابط يحدد درجة أهمية الفعل الذى ترقى به إلى اعتباره ممثلاً دوراً رئيسياً فى ارتكاب الجريمة يبرر اعتباره شريكاً مباشراً فيها.

يذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى اعتبار الجانى شريكاً بالمباشرة إذا أتى فعلاً يعتبر "معصية" قاصداً به تنفيذ الجريمة، أما إذا كان فعله الذى ارتكبه فى سبيل الجريمة دون ذلك، أى لم يكن "معصية" فإن من يرتكبه هو شريك بالتسبب عن طريق المعاونة، ومناط ذلك أنه إذا نظر إليه فى ذاته، وصرف النظر عن تمام الجريمة التى استهدف المساهمة فيها، لم يكن عليه عقاب، فإن المتهم الذى أتاه، وأسهم به مع منفذ الجريمة فى ارتكابها يعد شريكاً بالتسبب[3].

وتطبيقاً لهذا الضابط، فإن من يقتصر نشاطه على مجرد إعداد السلاح الذى استعمل فى القتل لا يعد شريكاً بالمباشرة، لأنه إذا نظرنا إلى فعله مجرداً، لمن يكن فى ذاته "معصية" ذلك أن شراء سلاح أو صناعته لا معصية فيه، إذ يحتمل أن يكون القصد منه الدفاع عن النفس أو المال، أى "دفع الصائل" ، ولكنه يعد بهذا الفعل الذى أسهم به فى القتل، باعتباره سلم السلاح الذى اشتراه أو صنعه إلى من باشر القتل، شريكاً بالتسبب. والمثل يقال بالنسبة لمن اقتصر نشاطه على إعداد المفاتيح التى سوف تستعمل فى فتح باب المسكن المراد ارتكاب السرقة فيه، أو على إعداد السلم الذى سوف يستخدم فى تسور هذا المسكن.

ولكن من يمسك بذراع المجنى عليه، ويشل بذلك مقاومته، كى يمكن آخر من قتله، فإن فعله يعتبر بالنسبة لجريمة القتل "معصية": ذلك أنه نشاط خطر فى ذاته على حياة المجنى عليه، ويمثل مرحلة متقدمة فى مشروع القتل، ويكشف عن نية قاطعة متجهة إلى تنفيذه، فيعتبر -بناء على ذلك- شريكاً مباشراً لمن نفذ القتل. والمثل يقال بالنسبة لمن أوقف العربة التى يستقلها المجنى عليه ليتمكن آخر من قتله، وبالنسبة لمن كسر باب مسكن أو حطم قفل خزانة، لتمكين زميله من إتمام

(1) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٣٦.
(2) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٣٩- ٤٤٠.
(3) الأستاذ عبد القادر عودة، ص ٣٦١.

السرقة(1) .

ملاحظة :

يتفق الفقه الإسلامى مع الفقه الوضعى فى الأخذ بالضابط السابق للتمييز بين الشريك بالمباشرة والشريك بالتسبب، مع اختلاف يسير فى المصطلحات، لا يمس النتائج.

فيطلق الفقه الوضعى على الفعل الذى يعتبر معصية فى اتجاه الجريمة، ويسهم به صاحبه فى ارتكاب الجريمة تعبير "العمل التنفيذى"، أو "البدء فى التنفيذ" ويطلق على الفعل الذى لا يعتبر معصية ويسهم به صاحبه فى الجريمة تعبير "العمل التحضيرى" للجريمة. ويلاحظ أن مناط التمييز بين العمل التنفيذى والعمل التحضيرى هو ذاته معيار التمييز بين ما يعتبر "معصية" وما لا يعتبر كذلك، إذ المعصية كالفعل التنفيذى معاقب عليها، أما الفعل الذى لا يعتبر معصية أو العمل التحضيرى فلا عقاب عليه.

الرأى المضيق لمدلول الشريك بالمباشرة (مذهب الإمام أبو حنيفة)[2] :

ذهب الإمام أبو حنيفة - رضى الله عنه – إلى التضييق فى تحديد مدلول الشريك المباشر، يقابله – بطبيعة الحال – توسع فى تحديد مدلول الشريك التسبب عن طريق المعاونة. فقد رأى قصر مدلول الشريك المباشر على حالة من يقترف الفعل الذى يقوم به الركن المادى للجريمة كله أو جزءاً منه. أما إذا كان الفعل المسند إلى الجانى لا يدخل فى كيان الركن المادى للجريمة فإنه يعتبر شريكاً بالتسبب. وبناء على ذلك، فغن من يمسك بذارع المجنى عليه لتمكين جان آخر من قتله، أو يوقف السرية التى يستقلها المجنى عليه لتمكين جان آخر من قتله، أو يكسر باب مسكن أو يحطم قف خزانة لتمكين شخص آخر من سرقة مال، فهو لا يعتبر شريكاً مباشراً وإنما شريكاً بالتسبب عن طريق المعاونة.

وهذا الشخص يسأل عن فعله فقط، أى يسأل فى الفروض السابقة عن شروع فى قتل أو شروع فى سرقة، ويسأل فى الفرضين الأخيرين – بالإضافة إلى ذلك – عن إتلاف مال الغير.

ورأى الإمام مالك أن يعامل الجانى فى الفروض السابقة معاملة الشخص الذى أسهم مادياً مع شخص آخر فى ارتكاب الجريمة، دون أن يكون بينهما تمالؤ، وإنما كان بينهما مجرد توافق، كما فى مثال شخصين قطع أحدهما رقبة المجنى عليه بنية قتله. وقطع الثانى يده بنية قتله كذلك، وكان ما بينهما مجرد توافق، إذ يسأل كل منهما عن فعله، الأول وحده عن القتل، والثانى عن قطع اليد فقط[3] وقد أخذ بمذهب الإمام أبى حنيفة بعض الفقهاء فى مذهب الإمام الشافعى[4] ومذهب الإمام احمد[5] .

ويستند مذهب الإمام أبى حنيفة – من الوجهة النظرية- إلى تفسير لغوى محدود لتعبير "المباشرة" إذ المتبادر إلى الفهم أن يعنى هذا التعبير مباشرة الفعل الذى تقوم به الجريمة كله أو جزءاً منه، أما من أتى فعلاً دون ذلكن فلا يصد عليه لغة أو عقلاً أنه باشر الجريمة، ذلك أن سلوكه مختلف عن الفعل الذى تنسب إليه المباشرة.

ومن الوجهة العملية، فإن مذهب الإمام أبى حنيفة يحصر المجال الذى تطبق فيه عقوبات القصاص والحدود، فالقصاص أو الحد لا يوقع إلا على من باشر الجريمة التى قرر لها الشارع القصاص أو الحد. أما من لم يباشر هذه الجريمة، وإنما باشر جريمة مختلفة، وإن كانت ذات صلة بها، فلا توقع عليه إلا عقوبة تعزيرية.

---

(1) يراجع فى هذا المعيار، شرح الدردير، جـ٤ ، ص ٢١٧، نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢٦١، تحفة المحتاج جـ٤ ص١٤، حاشية البيجرمى على المنهج جـ٤ ص ١٤٠ ، الإقناع جـ ٤ ص ٧١.

(2) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

(3) الزيلعى، جـ ٦ ص ١١٤ ، البحر الرائق، جـ٨ ص ٣١٠.

(4) الشرح الكبير، جـ ٩ ص ٣٣٥، المهذب، جـ٢ ص ٧١٦.

(5) المغنى جـ٩ ص ٢٦٦ .

الاشتراك المباشر وجرائم الامتناع

هل يمكن أن يتحقق الاشتراك المباشر بطريق الامتناع؟ أجاب على ذلك الإمام مالك بجواز الاشتراك فى جريمة القتل إذا كانت الجريمة نتيجة التمالؤ، سواء باشرها جميعهم أو باشرها بعضهم وكان الآخر معيناً له أو مانعاً من الإغاثة، أم كان أحدهما آمراً والآخر مأموراً، وكلاهما عاقل رشيد مقدر للأمور . فإنه فى كل هذه الصور يسند القتل إلى كل واحد منهما ويكون اشتراكاً فى الجريمة، إلا فى حال الآمر إذا كان ذا سلطان على المأمور ، فإنه يعتبر الآمر هو المسئول وحده. ويترتب على هذا النظر أنه لو كان الاشتراك سلبياً بأن كان أحدهما قد ألقى صغيراً فى ماء عميق وهو لا يحسن السباحة وسكت الآخر وهو قادر على الإنقاذ، يعد شريكاً إن كان ثمة اتفاق، وإن لم يكن ثمة اتفاق فالأمر موضع نظر، والمسئول هو المباشر وحده وإن كان الآخر آثماً ويعزر لهذا السكوت[1] .

نظرية الإمام مالك
فى اعتبار الجانى الذى يحضر أثناء ارتكاب الجريمة شريكاً بالمباشرة

ذهب الإمام مالك - رضى الله عنه - إلى المزيد من التوسع فى تحديد نطاق الاشتراك بالمباشرة، فرأى أن يعتبر شريكاً بالمباشرة، كل جان كان حاضراً أثناء ارتكاب المباشر الجريمة ، أى أثناء تنفيذها. وهذا التوسع يضيق إلى حد كبير من نطاق الاشتراك فى الجريمة بالتسبب ، لكى يوسع فى مقابل ذلك من نطاق الاشتراك بالمباشرة .

ووفقاً لنظرية الإمام مالك، فإن كل جان أتى فعلاً هو فى ذاته اشتراك فى الجريمة بالتسبب، لأنه تحريض عليها أو إعانة عليها، ولكنه أتى ذلك الفعل فى الوقت الذى كان زميله ينفذ فيه الجريمة، وظهر به فى المكان الذى اقترف فيه هذا الفعل، وكان متمالئاً مع منفذ الجريمة على ارتكابها، بحيث كانت جريمتهما واحدة ، وكان فى النهاية مستعداً للتدخل فى تنفيذها، أو تنفيذها بمفرده إذا عجز عن ذلك المنفذ، كما لو عرض له التردد أو اعتراء الجبن إذا توافرت عد هذا الشخص شريكاً بالمباشرة، وخضع لجميع أحكام الاشتراك بالمباشرة.

ويتضح بذلك أن نظرية الإمام مالك فى التوسع من نطاق الاشتراك بالمباشرة متعددة العناصر: إذ تتطلب فى النشاط الذى يأتيه الجانى أن يقوم به -فى أصله- الاشتراك بالتسبب، فهو تحريض على الجريمة أو إعانة عليها وهذا الشرط يتسم بالمرونة، إذ هو يختلف ضيقاً واتساعاً باختلاف وسائل الاشتراك بالتسبب التى يعترف بها الفقه. ويتعين أن يأتى الجانى نشاطه فى المكان الذى تنفذ فيه الجريمة، مما يقتضى أن يكون حاضراً فى هذا المكان، أى أن يكون -فى تعبير الفقه الوضعى- ظاهراً به على مسرحها. فثمة صلة مكانية تفترضها النظرية. ويرتبط بذلك أن يأتى الجانى نشاطه فى الوقت الذى تنفذ فيه الجريمة، فثمة معاصرة زمنية كذلك تفترضها النظرية. ويتعين أن يكون الجانى مستعداً لتنفيذ الجريمة بنفسه، أى مستعداً لأن يتدخل لمباشرة الجريمة إذا ظهر عجز المباشر عن تنفيذها أو عن الاستمرار فى تنفيذها[2]. وهذه النظرية انفرد بها الإمام مالك، لم يشاركه فيها فقهاء المذاهب الأخرى[3].

<u>حجة نظرية الإمام مالك</u> :

حجة الإمام مالك أن الشريك بالتسبب إذا توافرت له الشروط السابقة، فإنه يقوم بدور رئيسى فى ارتكاب الجريمة.

---

(1) أ. عبد القادر عودة: المرجع السابق، ص ٣٦٣.

(2) شرح الزرقانى، جـ ٨ ص ١٠، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢، وانظر فى تفصيل النظرية : الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، رقم ٤١١، ص ٣٥٩.

(3) الأستاذ عبد القادر عودة ، ص ٢٦٧.

فهو من ناحيه يمالئ منفذ الجريمه، وياتي فعله في وقت تنفيذ الجريمه وفي مكانه، ويراه المجني عليه فيشعر بالرعب ويجبن عن المقاومة التى كان يستطيعها لو كان المباشر وحده، وسلوكه ينطوى على تشجيع للمنفذ ، ويدخل الجرأة إلى نفسه مما يجعله ينفذ الجريمة فى ثقة وهدوء، فيأخذ التنفيذ الوقت الكافى وينتهى على الصورة التى تضمنتها خطة الجريمة[1]. ومن الممكن استناداً إلى منطق النظرية أن يتسع نطاقها، فلا يقتصر على حالة إتيان الجانى. فمن يفترض الاشتراك بالتسبب، وإنما يتسع لأى فعل إيجابى أو سلبى ينطوى على تشجيع منفذ الجريمة أو توفير الظروف المواتية للتنفيذ، مثال ذلك مراقبة الطريق أو توفير الحراسة لمنفذ الجريمة أثناء قيامه بتنفيذها .

الحضور أثناء تنفيذ الجريمة فى قانون العقوبات المصرى :

على الرغم من أن قانون العقوبات المصرى لم يتضمن نصاً يعتبر به الحاضر أثناء تنفيذ الجريمة فاعلاً لها، أى شريكاً مباشراً فيها، فإن محكمة النقض قد أقرت توسعاً فى مدلول "الفاعل مع غيره" أدخلت به الحاضر أثناء تنفيذ الجريمة فاعلاً . واشترطت لذلك أن يثبت – بالرجوع إلى خطة الجريمة توزيع الأدوار بين الجناة - أن الدور الذى عهد إلى الحاضر هو دور رئيسى يقتضى ظهوره على مسرح الجريمة. ويتضح أن ما اشترطته المحكمة هو أن يثبت أن الدور المعهود إلى الحاضر أثناء التنفيذ هو "دور رئيسى"، وجعلت مناط ذلك هو: خطة الجريمة، وكيفية توزيع الأدوار بين الجناة. واعتبرت القرينة على ذلك هى الظهور على مسرح الجريمة، وهو ما يقتضى قيامه بالدور المعهود به إليه فى المكان الذى يعتبر مسرحاً لها، وأن يقوم به أثناء الوقت الذى تنفذ فيه الجريمة، ولم تشترط محكمة النقض أن يتخذ الفعل الذى كلف بالقيام به صورة إحدى وسائل الاشتراك، ولم تتطلب كذلك أن يثبت قصد إتيان الفعل التنفيذى (مباشرة الجريمة) إذا لم يأته مباشر الجريمة، وهو أهم ما تطلبه الإمام مالك فى نظريته. وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك "أنه إذا كان المتهم قد وقف ليرقب الطريق بينما كان زملاؤه يجمعن القطن لسرقته فإنه – مثل زملائه – يكون فاعلاً أصلياً فى السرقة لأن الذى فعله هو من الأعمال المكونة لها"[2]. وقضت بأن يعد فاعلاً لا شريكاً فى جريمة الإتلاف المتهم الذى يقف حاملاً سلاحاً إلى جانب زملائه ليحرسهم وهم يتلفون الزراعة لأن فعله هذا هو من الأعمال المكونة للجريمة[3]. وذهبت إلى أنه إذا كان المتهمون فى سرقة قد قام بعضهم بتهلية سكان المنزل وبعضهم بدخوله والاستيلاء على المسروقات وتمت الجريمة بناء على ذلك فإنهم جميعاً يكونون فاعلين أصليين للسرقة[4]. وقضت بأنه إذا أطلق كل من المتهمين عياراً نارياً على المجنى عليه فخر صريعاً ثم جعل المتهم الثالث يطلق الرصاص من بندقيته يميناً وشمالاً لإرهاب من فى السوق وحتى يتمكنوا جميعاً من الفرار مما مفاده أن الدور الذى عهد به إليه وساهم به فى تنفيذ الجريمة هو تمكين زميليه من تحقيق الغرض المتفق عليه بينهم، وهو القتل وحماية ظهريهما فى مسرح الجريمة فى فترة التنفيذ وتسهيل هربهما بعد ذلك ، فهو فاعل معهما لجريمة القتل العمد[5].

وقد أسندت محكمة النقض قضاءها إلى عبارة الفقرة الثانية من المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصرى التى جعلت من بين حالات الفاعل مع غيره، " من يدخل فى ارتكاب الجريمة إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتى عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها ". وقررت المحكمة أن "فع الجانى هو من الأفعال المكونة للجريمة التى يعنيها الشارع فى الفقرة الثانية من المادة ٣٩ من قانون العقوبات "يعد فاعلاً لها".

---

(1) الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، رقم ٤١١ ، ص ٣٥٩.

(2) نقض ٨ يناير ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية جـ رقم ٤٥ ص ٦٧.

(3) نقض ٢٦ مايو ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ٢٦٩ ص ٤٥٢٦ ونقض ٦ مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام محكمة النقض س٢ رقم ٢٧٣ ص ٧٢٣.

(4) نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ٣٣٣ ص ٦٠٣.

(5) نقض ٩ ديسمبر ١٩٥٧ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٩ رقم ٢١٦ ص ٨٧٩.

تقييم نظرية الإمام مالك :

إن نظرية الإمام مالك هى الأصل العلمى للآراء الفقهية والمذاهب التشريعية والاتجاهات القضائية الحديثة. ونرجح أن تكون الأصل التاريخى لها كذلك، وإن يكن بطريق غير مباشر[1].

ونرى أن هذه النظرية جديرة بالتأييد، ذلك أنها تعمقت حتى بلغت علة التمييز بين الشريك المباشر والشريك بالتسبب: فإذا كانت هذه العلة أن الأول يقوم فى تنفيذ الجريمة بدور رئيسى فى حين يقوم الثانى بدور ثانوى، فإنه إذا ثبت أن الشريك الذى يحضر أثناء تنفيذ الجريمة، ويظهر على مسرحها، على نحو يقوى به عزم المباشر، ويرهب بحضوره المجنى عليه، ويتوافر له قصد تنفيذ الجريمة إذا لم ينفذها المباشر، إنما يقوم "بدور رئيسى" فى تنفيذها، فإنه استناداً إلى العلة السابقة يجب أن يعتبر "شريكاً بالمباشرة". ولا وجه للقول بعدالة تجنيبه العقوبة المقدرة، إذ هو يستحقها عدالة لقيامه بدور رئيسى فى تنفيذ الجريمة المقررة لها هذه العقوبة .

وقد انتقد قضاء محكمة النقض المصرية على أساس أنه لا يستند إلى نص صريح فى قانون العقوبات، بالإضافة إلى أنه يخالف المعيار التى أقرته تعليقات الحقانية، التى عرفت "الفاعل مع غيره" بأنه من يأتى فعلاً يعد بدءاً فى تنفيذ الجريمة، ذلك أن من يأتى فعله أثناء تنفيذ الجريمة ويقصد به شد أزر الجانى، لا يأتى فعلاً يوصف بأنه بدء فى تنفيذ الجريمة. ولكن هذه الحجة لا محل لها فى الفقه الإسلامى، حيث لا وجه للتقيد بالنصوص الواردة فى القانون المصرى .

وهذه هى نظرية الإمام مالك فى الشريك المتسبب على الإطلاق، سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحريض أو الإعانة، فيعتبر من حضر أثناء ارتكاب الجريمة شريكاً مباشراً لا شريكاً متسبباً، وينفرد مالك بهذه النظرية فلا يوافقه عليها غيره من الفقهاء[2] .

وتأسيساً على ما سبق يكون الاعتراف والإقرار بإمكانية تصور قيام الامتناع كدور فاعل أصلى فى الجريمة مثلما الحال فى الأفعال الإيجابية. وقد شملت كتب الفقه أمثلة عديدة لصور الامتناع فى الاشتراك المباشر (المساهمة الأصلية) منها ما ورد فى الفتاوى الكبرى لابن حجر[3] .

إذا حضر نساء ولادة ذكر فقطعت إحداهن سرته من غير ربط سرته ونبهتها الباقيات فمات بعد القطع بقليل فهل يقتلن أو هى فقط ؟

أجاب رحمه الله بقوله أن كان القطع مع عدم الربط تُقتل غالباً، وهو عمد موجب للقود عليها، وهو ظاهر أن منعت الباقيات من الربط لو أردن فعله، أما إذا لم يردنه فهن آثمات لأنه يلزمهن جميعاً، فإن تركته من غير منع كان لهن دخل فى الخيانة[4].

المطلب الثانى
الاشتراك بالتسبيب
(المساهمة التبعية)

تمهيد :

الاشتراك بالتسبب غير متصور ما لم يُرتكب فعل غير مشروع ينصرف إليه ذلك الاشتراك. وبمعنى آخر يفترض التسبب وجود مباشرة للجريمة أى هناك صلة بين المباشرة والتسبب . فالفعل الذى يقوم به التسبب يتعين أن يكون معصية أى أن يكون غير مشروع ... وهذا يستتبع القول بأن الركن الأول للاشتراك بالتسبب هو تكييف الفعل بعدم المشروعية ، والركن المادى للاشتراك قوامه الفعل الذى يقوم به، وأخيراً الركن المعنوى وهو الإرادة الآثمة التى تتوافر لدى المتسببين .

---

(1) د. محمود نجيب حسنى ، الفقه الجنائى الإسلامى (الجريمة) ، المرجع السابق ، ص ٤٤٥ .
(2) الأمام أبو زهره: المرجع السابق، ص ٤٠٦ .
(3) أ. عبد القادر عودة : المرجع السابق، ص ٣٦٧.
(4) أ. عبد القادر عوده : المرجع السابق، ص ٣٦٦.

الفرع الأول

أركان الاشتراك بالتسبب[1]

أولاً: الركن الشرعي للاشتراك بالتسبب :

ماهية الركن الشرعي للاشتراك بالتسبب :

الركن الشرعي للاشتراك بالتسبب هو الصفة غير المشروعة للنشاط الذى يقوم به التسبب، وهذه الصفة مستمدة من الصفة غير المشروعة للنشاط الذى تقوم به المباشرة للجريمة. وبناء على ذلك، كانت الصفتان متلازمتين وجوداً وعدماً. فإذا انتفت هذه الصفة عن المباشرة، فلا يتصور توافرها للتسبب، وإذا توافرت للمباشرة جاز أن تتوافر للتسبب.

ضوابط عدم المشروعية[2] :

يفترض عدم مشروعية نشاط المباشر توافر عنصرين: أن يكون معصية، وألا يخضع لسبب إباحة من شأن سبب الإباحة أن يزيل عن النشاط صفة عدم المشروعية، وأن يرده إلى أصله من المشروعية.

١- تكييف نشاط المباشر بأنه معصية :

يعنى هذا التكييف أن يثبت لهذا النشاط صفة الجريمة، وعلة اشتراط ذلك أن الاشتراك بالتسبب ينصرف بطبيعته إلى جريمة.

وتقتضى صفة الجريمة أن يكون نشاط المباشر فعلاً مستوجباً لحد أو قصاص أو دية، أو أن تكون له صفة الجريمة التعزيرية. وهذا الفرض الأخير أى صفة الجريمة التعزيرية يتطلب إما أن يرد نص بتجريم الفعل إذا وضع ولى الأمر، أى السلطة التشريعية، قانون عقوبات إسلامى، وتبنى بذلك "مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات"، أى مبدأ انه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون"، أو صرح ولى الأمر للقاضى أن يقرر الصفة الإجرامية للأفعال التى يقدر إضرارها بمصلحة المجتمع وجدارتها بالتجريم والعقاب، ويفعل القاضى ذلك إما قياساً على أفعال تقوم بها جرائم الحدود أو القصاص أو الدية، وإما رجوعاً إلى المبادئ الشرعية العامة، وما يثبت من اقتضائها تجريم بعض الأفعال لأضرارها أو خطورتها على مصالح أساسية للمجتمع الإسلامى.

٢- عدم خضوع فعل المباشر لسبب إباحة :

سبب الإباحة يزيل عن الفعل الذى يخضع له صفة المعصية التى اكتسبها من خضوعه لقاعدة التجريم، فيعود الفعل إلى أصله من المشروعية.

وتأثير سبب الإباحة على أركان الاشتراك بالتسبب واضح، فهو إذ يعرض النشاط المباشر ، فيجرده من الصفة غير المشروعة، يفقد الاشتراك بالتسبب المصدر الذى يستمد منه صفته غير المشروعة، ومن ثم يفقد ركنه الشرعى.

وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا أعان شخص آخر على ممارسة حقه فى دفع الصائل، قدم له العون القتل المعتدى أو ضربه كى ينصرف عن اعتدائه، لا يعتبر شريكاً بالتسبب فى جريمة قتل أو ضرب ، إذ قد غدا فعل القتل أو الضرب مشروعاً. وإذا عرض شخص آخر على تأديب زوجته أو ابنه بضربه فى ظروف توافرت فيها شروط استعمال حق التأديب، لا يعتبر شريكاً بالتسبب فى جريمة ضرب. ونقرر ذات الحكم إذا أعان شخص طبيباً فى علاج المرضى، ولو بإجراء العمليات الجراحية لهم، بأن أعاره المكان الذى يباشر فيه مهنته أو الأدوات الجراحية التى يستعملها فى مباشرة هذه المهنة.

ثانياً: الركن المادى للاشتراك بالتسبب[1] :

---

(1) د. محمود نجيب حسنى، الفقه الجنائى الإسلامى، الطبعة الأولى ، سنة ٢٠٠٧ ، ص ٤٦٥.

(2) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٦٦.

يقوم الركن المادى للاشتراك بالتسبب على عناصر ثلاثة: النشاط الإجرامى للمتسبب، وآثاره التى تتمثل فيها النتيجة الإجرامية، وعلاقة السببية التى تربط بينهما .

(أ) النشاط الإجرامى للاشتراك بالتسبب:

١- التحريض[2]:

تعريف التحريض:

التحريض هو خلق فكرة الجريمة لدى شخص ثم تدعيمها كى تتحول إلى تصميم على ارتكاب هذه الجريمة. ويتضح من هذا التعريف أن نشاط المحرض ذو طبيعية نفسية، إذ يتجه إلى نفسية المباشر كى يؤثر عليها، فيدفعه إلى الجريمة. والفرق بذلك واضح بينه وبين نشاط المباشر الذى يغلب عليه الطابع المادى.

أركان التحريض :

يتطلب التحريض ركنين : ركن مادى وركن معنوى .

فالركن المادى قوامه النشاط الذى يصدر عن المحرض، والموضوع الذى ينصب عليه هذا النشاط. والركن المعنوى هو القصد الجنائى (العمد) المتجه إلى تنفيذ الجريمة موضوع التحريض عن طريق شخص آخر.

الركن المادى للتحريض :

يقوم هذا الركن على عنصرين : نشاط من شأنه خلق التصميم على الجريمة، وموضوع الجريمة التى ينصب عليها هذا النشاط .

ويتخذ هذا النشاط – فى العادة – صورة إبراز البواعث التى تدفع إلى الجريمة، وتحبيذ الآثار التى تترتب عليها ، والغض من شأن العقبات التى تعترض طريقها، والإقلال من أهمية الاعتبارات التى تنفر منها.

وسواء أن يكون التحريض شفوياً أو كتابياً ، فى شكل كتاب يبعث به المحرض إلى من يتجه إليه تحريضه، بل إن التحريض قد يتخذ صورة الإيماء، إذا كانت له – بالنظر إلى الظروف التى صدر فيها – دلالة مفهومه لمن اتجه إليه ذلك الإيماء.

ويفترض التحريض بطبيعته عملاً إيجابياًن فلا يتصور بموقف سلبى: ذلك أن جوهره إقناع بفكره، وخلق لنية، وهو ما لا يتصور بمحص امتناع.

وموضوع التحريض هو جريمة أو جرائم معينة، فهذه الجريمة أو الجرائم هى ما يتجه التحريض إلى خلق التصميم على ارتكابها. والتحريض باعتباره اشتراكاً بالتسبب يتعين أن ينصرف إلى جريمة أو جرائم محددة. أما التحريض على ارتكاب عدد غير محدد من الجرائم، أى التحريض العام على الجرائم، فهو ليس وسيلة اشتراك بالتسبب، وإنما هو معصية فى ذاته، لاحتمال أن يترتب عليه إخلال بأمن المجتمع الإسلامى، ومن ثم كان جديراً فى ذاته بالتجريم.

الركن المعنوى للتحريض :

يتطلب التحريض توافر العمد المتجه إلى تنفيذ الجريمة أو الجرائم موضوع التحريض، عن طريق شخص آخر. ويفترض العمد لدى المحرض علمه بدلالة عباراته، والتأثير المحتمل لها على نفسية من حرضه، وتوقعه أن يقدم بناء عليه على ارتكاب الجريمة موضوع التحريض، وبالإضافة إلى ذلك يتعين أن تتوافر لديه الإرادة المتجهة إلى خلق التصميم الإجرامى، لدى من حرضه، وإلى ارتكابه الجريمة موضوع التحريض.

---

(1) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٦٨.

(2) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٦٩.

ولا يتصور أن يكون التحريض غير عمدى، ذلك أنه – بطبيعته – يفترض بذل الجهد للإقناع بجريمة وخلق إرادة إجرامية متجهة إليها، وهو ما يقتضى – على ما تقدم – علم المحرض بالدلالة الإجرامية والفعل الذى يوعز بالإقدام عليه، واتجاه إرادته إلى ذلك، وهو ما يعنى اقتصار صورة الركن المعنوى للتحريض على القصد، واستبعاد أن يكون مجرد الخطأ كافيا لذلك.

٢- التمالؤ[1]:

تعريفه:

التمالؤ هو الاتفاق فى لغة الفقه الوضعى. ويعنى انعقاد إرادتين أو أكثر على ارتكاب الجريمة. ويفترض التمالؤ عرضاً من أحد الطرفين صادفه قبول من الطرف الآخر، وبالعرض والقبول تتلاقى الإرادتان على موضوع معين، وهو الجريمة.

والتمالؤ فى جوهره حالة نفسية، إذ قوامه إرادتان أو أكثر، ولكن له مظهر مادياً مستمداً من وسائل التعبير عن الإرادة ، وهذه الوسائل متنوعة، فقد تكون – على ما تقدم – قولاً أو كتابة أو إيماء.

الفرق بين التمالؤ والتوافق :

١- من حيث الماهية :

يختلف التمالؤ عن التوافق من حيث الماهية، ذلك أن التوافق هو مجرد اتجاه الإرادات نحو موضوع واحد دون أن تتلاقى، فهى إرادات تسير مستقلة فى ذات الاتجاه، وكل منها صادره عن بواعث خاصة لها. وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه "قيام فكرة الإجرام بعينها عند كل من المتهمين، أى توارد خواطرهم على الإجرام واتجاه خاطر كل منهم اتجاهاً ذاتياً إلى ما تتجه إليه خواطر سائر أهل فريقه من إيقاع الأذى بالمجنى عليه[2] .

٢- من حيث الدور:

ويختلف التمالؤ عن التوافق من حيث الدور: فالتمالؤ وسيلة اشتراك بالتسبب، فيصير المتمالئ مسئولاً عن الجريمة التى ارتكبها من تمالأ معه. أما التوافق فليس له هذا الدور، فمن توافق على جريمة، أى اتجهت إرادته إلى ارتكابها ، ثم ارتكبها شخص آخر، دون أن تكون بينهما صلة، ودون أن تنعقد إرادتهما على ارتكابها لا يسأل عنها. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا خطرت لشخص فطرة قتل غريمه، وخطرت لآخر فكرة قتل ذات الشخص، دون أن يكشف أحدهما للآخر عما انعقد عليه تصمميه، ثم نفذ أحدها عزمه، فالثانى لا يعد شريكاً له فى جريمته، بل إنهما إذا نفذا الجريمة فى ذات الوقت، كل منهما فاعل لجريمة مستقلة.

٣- الإعانة[3] :

تعريف : الإعانة هى "المساعدة" فى اصطلاح الفقه الوضعى .

وتعنى الإعانة "تقديم الدعم المادى أو المعنوى إلى المباشر، فيرتكب الجريمة بناء على ذلك"[4] .

ويتضح من هذا التعريف أن المعين "يقدم إلى المباشر الوسائل والإمكانات التى تهيئ له ارتكاب الجريمة، أو

---

(1) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٧٢ .

(2) نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية جـ١ رقم ١٧٥ ص ١٨٣ ، ونقض ٤ أبريل سنة ١٩٢٩ جـ ١ رقم ٢٢٠ ص ٢٥٨ ، ونقض ١٨ أبريل سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٨ رقم ١٠٦ ص ٥٤٤.

(3) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٧٤.

(4) عرف قانون العقوبات المصرى المساعدة تعريفاً مفصلاً فى الفقرة الثالثة من المادة ٤٠ يقول إن المساعدة تتحقق بفعل "من أعطى الفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو اى شئ آخر مما استعمل فى ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأية طريقة أخرى فى الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة للجريمة". وهذا التعريف يمكن الاستهداء به فى تحديد مدلول الإعانة فى الفقه الإسلامى.

يحصل على الوسيلة اللازمة لتنفيذها، فإن علاقة السببية تعد متوافرة بين نشاط الشريك والجريمة.

(ج) النتيجة الإجرامية لنشاط الشريك بالتسبب[1] :

يترتب على إتيان الشريك بالتسبب نشاطه أن يرتكب المباشر الجريمة موضوع الاشتراك ، فهذه الجريمة ترتكب بناء على وسيلة الاشتراك بالتسبب، أى بناء على التحريض أو التمالؤ أو الإعانة. وتعد هذه الجريمة بعناصرها المتعددة – من مادية ومعنوية – النتيجة الإجرامية لنشاط الشريك .

ثالثا: الركن المعنوى للاشتراك بالتسبب[2] :

تمهيد :

يتعين فى دراسة الركن المعنوى للاشتراك بالتسبب التمييز بين الاشتراك بالتسبب فى الجرائم العمدية ، والاشتراك بالتسبب فى الجرائم غير العمدية، ذلك أن الركن المعنوى فى نوعى الجرائم يختلف فى طبيعته وعناصره، وهذا الاختلاف واضح – على ما تقدم – فى حالتى مباشرة الجريمة والاشتراك بالمباشرة فيها.

الركن المعنوى للتسبب فى الجرائم العمدية :

يتخذ هذا الركن صورة "القصد الجنائى" باعتباره ركن المسئولية العمدية فى جميع صورها، فإذا انتفى القصد الجنائى لدى المتهم بالتسبب فى جريمة عمدية، فلا يسأل عنها، وإن توافر لديه الخطأ فى أجسم صوره: فالخادم الذى يدلى بمعلومات عن المكان الذى يخفى فيه مخدومه ماله، فيستعين بها شخص فى سرقة ذلك المال، لا يعد شريكاً بالتسبب فى هذه الجريمة، إذا لم يكن يدرى شيئاً عن النوايا الإجرامية لمن استمع إلى حديثه.

عناصر القصد الجنائى فى الاشتراك بالتسبب :

يقوم القصد الجنائى لدى الشريك بالتسبب، وفق القواعد العامة، على عنصرين ، هما العلم والإرادة:

علم المتسبب :

يتعين أن ينصرف علم المتسبب إلى الأركان التى يقوم عليها اشتراكه بالتسبب: فيعلم بماهية نشاطه، ويعلم باتجاهه إلى المساهمة فى الجريمة: فمن أعان على جريمة ينبغى أن يعلم أن من شأن الوسيلة التى قدمها إلى المباشرة أن تعينه على ارتكابها: فيعلم مثلاً أن المادة التى يعطيها للمباشر هى مادة سامة، فإذا اعتقد أنها غير ضارة ، فلا يتوافر لديه القصد الجنائى، ومن قدم محرراً مزوراً إلى شخص استعان به فى ارتكاب نصب ينبغى أن يعلم بتزوير هذا المحرر وأن من شأنه خداع من يطلع عليه، أما إذا كان يعتقد أنه محرر صحيح لا يتضمن غير ما يطابق الحقيقة، فلا يتوافر لديه القصد الجنائى.

ويتعين أن يمتد علم الشريك بالتسبب إلى الجريمة التى يسهم فى ارتكابها بالتسبب، فيتوقع أن المباشر سوف يقترف هذه الجريمة بناء على وسيلة المتسبب التى قدمها له: فمن أعطى غيره سلاحاً لا ينسب إليه قصد الاشتراك بالتسبب فى جريمة القتل إلا إذا توقع أن من تسلم السلاح سوف يستخدمه فى الاعتداء على حياة إنسان، وأن وفاته سوف تتحقق نتيجة لهذا الفعل. ومن أعطى غيره أداة للكسر لا ينسب إليه قصد الاشتراك بالتسبب فى ارتكاب السرقة ، إلا إذا توقع أن مستلم هذه الأداة سوف يستعملها فى الكسر ليتبعه بإخراج المال من حرزه.

فإذا انتفى هذا التوقع فلا يتوافر القصد لديه: فمن سلم شخصاً سلاحاً ليستعمله فى الصيد لا يسأل كمتسبب فى القتل الذى يرتكب به، ومن سلم شخصاً أداة متوقعاً، أن يستعملها فى إصلاح قطعة أثاث لا يسأل كمتسبب فى السرقة التى ترتكب

(1) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٨١.
(2) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٨٣.

عن طريقها.

إرادة المتسبب:

يتعين أن تتجه إرادة المتسبب إلى الفعل الذى يقوم به اشتراكه، ويتعين أن تتجه كذلك إلى الجريمة التى اتجه إليها هذا الاشتراك؛ فهو يريد فعل التسبيب، ويريد جريمة المباشر بأركانها جميعاً من فعل ونتيجة.

وتطبيقاً لذلك، فإن من يعطى غيره سلاحاً فيستعمله فى قتل يجب أن تكون إرادته قد اتجهت إلى التخلى عن حيازة هذا السلاح، وإدخاله فى حيازة مباشر القتل، أما إذا كان المباشر قد انتزعه منه أو استولى عليه خلسة، واستعمله فى ارتكاب القتل، فلا يتوافر قصد التسبيب لدى مالك هذا السلاح.

ويتعين كذلك أن تتجه إرادة المتسبب إلى الجريمة التى ترتكب بناء على نشاطه، ويعنى ذلك أن إرادته ينبغى أن تتجه إلى الفعل الذى تقوم به هذه الجريمة، وإلى نتيجة هذا الفعل: فمن أعطى أدوات الكسر للسارق لا يتوافر لديه الاشتراك بالتسبب فى السرقة إلا إذا ثبت أنه كان يريد أن يتمكن مباشر السرقة من ارتكابها، والاستيلاء على مال المجنى عليه. ومن أعطى القاتل سلاحاً لا يتوافر لديه القصد، إلا إذا ثبت أنه كان يريد أن يتمكن القاتل من الاعتداء على حياة المجنى عليه وإحداث وفاته.

وبناء على ذلك، فإن من يصنع مفاتيح مقلدة ويبيعها لأشخاص يعلم أن من المحتمل أن يستخدموها فى ارتكاب سرقة لا يعد القصد الجنائى المتطلب لتسبيب السرقة متوافراً لديه، لأن إرادته لم تتجه إلى وقوعها، إذ لا يعنيه أمرها فى شئ، وإنما ما اتجهت إليه إرادته هو تسليم المفاتيح نظير الثمن المتفق عليه. ولذات العلة فإنه لا يعد شريكاً بالتسبب صانع السلاح الذى يبيعه لشخص يعلم أنه قد يستعين فى ارتكاب قتل .

الركن المعنوى للاشتراك بالتسبب فى الجرائم غير العمدية[1]:

يذهب رأى إلى عدم تصور الاشتراك بالتسبب فى الجرائم غير العمدية، ويحتج لذلك بأن القصد الجنائى ركن للاشتراك بالتسبب، وهو ركن لا يتصور توافره فى الجرائم غير العمدية.

ويعيب هذا الرأى أن إعفاء الشخص الذى صدر عنه السلوك الذى أسهم به فى ارتكاب جريمة غير عمدية من المسئولية عن هذه الجريمة يهدر مصالح المجتمع وحقوق الأفراد، ويشجع على الإسهام فى هذه الجرائم.

ويحاول هذا الرأى أن يصلح من عيبه، فيقول إن إعفاء هذا الشخص من المسئولية عن الجريمة غير العمدية بوصفه شريكاً بالتسبب، لا يعنى أن يفر من العقاب إطلاقاً، وإنما يسأل عنها باعتباره مباشراً لها، إذ قد توافرت فى حقه الأركان المتطلبة لمسئوليته باعتباره مباشراً: فقد أسهم بنشاطه فى وقوعها، وتوافر لديه الخطأ المتطلب للمسئولية عنها.

وهذا الرأى محل نظر[2]: فليس صحيحاً القول بأن القصد الجنائى ركن عام فى جميع حالات الاشتراك بالتسبب، خاصة إذا كنا بصدد جريمة غير عمدية، حيث لا يتصور -بالنظر إلى طبيعة الجريمة- توافر القصد الجنائى. والحجة التى استند إليها أنصار هذا الرأى أن من أركان الاشتراك بالتسبب التمالؤ بين المباشر والشريك، والتمالؤ يفترض بطبيعته علم المتمالئين بالجريمة موضوع التمالؤ وإرادة ارتكابها، وهو ما يوفر عناصر القصد الجنائى. وهذا القول سلف تفنيده، ذلك أن طبيعة الاشتراك لا تقتضى الاتفاق أو التفاهم، وإنما تقنع بالرابطة الذهنية التى تجمع بين المساهمين، ولا تفترض هذه الرابطة سوى شمول عناصر الركن المعنوى لدى كل مساهم أركان الجريمة محل الاشتراك بحيث تشترك هذه العناصر فى محل واحد تتعلق به. وهذا الرأى يقوم على تناقض: إذ ينكر الاشتراك بالتسبب ، ويعترف بالاشتراك بالمباشرة، على الرغم من أن الثانى يفترض إجراماً أبعد مدى، أى يفترض نشاطاً ونوايا جاوزا القدر الذى كان كافيا لقيام الاشتراك بالتسبب.

والرأى الصحيح بناء على ذلك أن الاشتراك بالتسبب متصور فى الجرائم غير العمدية، ذلك أنه ليس فى طبيعة

---

(1) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٨٦ .
(2) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، نفس الصفحة.

هذه الجرائم ما يجعلها تأبى أن تكون محلاً للاشتراك بالتسبب، ذلك أنه إذا توافر لدى المتسبب الخطأ، وصدر عنه الفعل الذى يقوم به الاشتراك بالتسبب، فلا مبرر – من حيث المنطق الشرعى – لإنكار هذا الاشتراك. ومن غير السائغ أن نتطلب توافر القصد لديهن لأن طبيعة الجريمة تأبى ذلك ، بالإضافة إلى أنه من غير المقبول أن نتطلب لدى المتسبب ما لا نتطلبه لدى المباشر.

عناصر الخطأ لدى المتسبب [1]:

يفترض الاشتراك بالتسبب فى الجريمة غير العمدية توافر الخطأ بعناصره لدى المتسبب، ويفترض بالإضافة إلى ذلك أن هذا الخطأ لم يقتصر على فعله وأثاره المباشرة، وإنما امتد فتشمل الفعل الذى تقوم به الجريمة والنتيجة التى ترتبت عليه.

وتفصيلاً لذلك، فإن المتسبب يتعين أن يعلم بفعله ويرديه، وأن يعلم كذلك بالفعل الذى تقوم به الجريمة ويريده، وهو الفعل الذى ارتكبه المباشر، وأن يكون فى استطاعته توقع النتيجة الإجرامية ولكنه لا يتوقعها، أو انه يتوقعها وتتجه إرادته إلى الحيلولة دون حدوثها معتمداً على احتياط غير كاف لدرئها: فمن يعير شخصاً سلاحاً صيد، وهو يعلم أنه لا يحسن استعماله، فيستعمله ويقتل به شخصاً، فهو يعلم بدلالة فعله وهو تسليم أداة خطرة إلى شخص لا يحسن استعمالها ويؤيده، ويعلم كذلك أن من أعاره ذلك السلاح سوف يستعمله، ويريد ذلك، وإذا كان لم يتوقع موت المجنى عليه، فقد كان ذلك فى استطاعته، وكان فى استطاعته تفادى ذلك بعدم إعارة هذه الأداة الخطرة إلى من لا يحسن استعمالها. ويلاحظ فى هذا المثال أن ثمة قدراً مشتركاً بين المتسبب والمباشر، هو العلم بالفعل الذى قامت به الجريمة، وإرادته، واستطاعة توقع النتيجة وهى موت شخص.

الفرع الثانى

الاشتراك بالتسبيب وعلاقته بجرائم الامتناع

السؤال الذى يطرح نفسه فى الشريعة الإسلامية: هل يمكن الاشتراك فى إحداث نتائج محرمة أو محظورات شرعية بعمل سلبى ؟

فمن المعروف عند شراح القوانين الوضعية ، أنه لا يتحقق الاشتراك بالامتناع ، حسبما قررت ذلك محكمة النقض المصرية مبدأ أن الاشتراك لا يكون إلا بفعل إيجابى فلا يتحقق بمحض امتناع[2] .

الإعانة عن طريق الامتناع

بداية نود الإشارة إلى أن الاتفاق والتحريض هما وسيلتان إيجابيتان ولا يُتصور نسبتهما إلى فعل سلبى ، وينبغى الوسيلة الثالثة وهى الإعانة فهل تنسب إلى عمل سلبى؟ كالحارس الذى يرى لصوصاً يقومون بسرقة محل فيسكت عن ذلك بموقفه السلبى، فهل السكوت يؤاخذ عليه من عدمه؟

اختلف الفقهاء على قولين[3] :

الأول : يذهب رأى فى الفقه الإسلامى إلى عدم تصور الإعانة بالامتناع ، ويحتج لذلك باستحالة تصور التمالؤ بين الممتنع والمباشر ، وإلى انتفاء علاقة السببية بين الامتناع والجريمة، وإلى أن الممتنع لا يقصد حتماً وقوع الجريمة، وإنما قد يكون امتناعه وليد الخوف[4] .

---

(1) د. محمود نجيب حسنى، المرجع السابق ، ص ٤٨٧ .

(2) نقض ٢٨ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية جـ٦ رقم ٥٨٣ ص ٧١٩.

(3) د. محمود نجيب حسنى: الفقه الجنائى الإسلامى، دار النهضة العربية طبعة ١٤٢٧ هـ ٢٠٠٧م ، ص ٤٧٦.

(4) د. محمود نجيب حسنى: قانون العقوبات ، القسم العام، طبعة ١٩٧٩ ، ص ٢٧٦.

وأغلب الفقهاء يرون لا إعانة لمنع الجريمة، لأن السكوت لا يمكن اعتباره اشتراكاً بالتسبيب، لارتباط الإعانة بالتفاهم والتوافق بين المباشر والمعين ، وقد يكون السكوت مرجعه الخوف أو البطش أو اللامبالاة.

الثانى : يرى أن الأقرب إلى روح الشريعة الإسلامية ، وما تفرضه من واجب التضامن بين الناس ، استخلاصا من قول رسول الله ﷺ "الله فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه" ، وقوله " من فرج عن مؤمن كربة فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة" ، أن يُسأل الممتنع باعتباره شريكاً بالتسبب فى الجريمة التى امتنع عن الحيلولة دون ارتكابها ، بشرط أن يكون عليه واجب الحيلولة دونها ، وأن يكون فى استطاعته أداء هذا الواجب .

فهم يفرقون بين القادر على منع الجريمة وغير القادر ، فلا يكلف الله نفساً إلا وسعها ومن رأى منكراً فليغيره بيده، وحديث النبى ﷺ الذى وضع مبدأ عاماً فيقول " ولا يقفن أحدكم موقفاً يُضرب فيه رجل ظلماً ، فإن اللعنة تنزل على من حضره حين لم يدافعوا عنه كما رواه الطبرى . وقد قال بهذا الرأى الإمام ابن قدامه[1] .

ونحن نرجح هذا الرأى للحجج الآتية[2] :

١- إن الإعانة لا تكون –فحسب- عن طريق إمداد المباشر بالوسائل والإمكانات التى لم تكن متوافرة لديه، فهذه إحدى صورتيها، وإنما تتحقق الإعانة كذلك بإزالة العقبات التى كانت تعترض تنفيذ الجريمة ، بل إن هذه المساعدة السلبية قد تكون - فى بعض الظروف - أجدى للمباشر من المساعدة الإيجابية ، وإذا كان شخص ملتزماً طبقاً للقواعد الشرعية بالحيلولة دون وقوع أية جريمة بصفة عامة - سواء بمجهوده المباشر أو بإبلاغ السلطات العامة عن عزم شخص على ارتكابها - فمفهوم ذلك بالضرورة أن قواعد الشريعة تضع بهذا الالتزام عقبة فى طريق تنفيذ الجريمة ، ولهذه العقبة وجود حقيقى ، إذ الأصل أن تطبق هذه القواعد ، ولذلك فإن الامتناع عن القيام بهذا الواجب يعنى إزالة هذه العقبة ، وجعل تنفيذ الجريمة أسهل مما يكون فى الوضع العادى ، وفى هذا التسهيل إعانة على معصية ، فتكون الإعانة معصية بدورها . وبالإضافة إلى ذلك ، فإنه بالرجوع إلى تحديد طبيعة الامتناع ، واعتباره صورة للسلوك الإنسانى، وكونه يضم عنصراً إيجابياً هو الإرادة المتجهة على نحو معين ، فإن ذلك يعنى بالضرورة أنه تعبير عن هذه الإرادة ، وأنه - من الناحية المادية - وسيلة إلى بلوغ غاية فى العالم الخارجى .

٢- وغير صحيح القول بأن الامتناع محض ظاهرة سلبية، إذ يصدم المنطق أن تضم ظاهرة سلبية من بين عناصرها ظاهرة إيجابية. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الامتناع - باعتباره سلوكاً إنسانياً واعياً مدركاً - يكتسب سيطرة على الظروف المادية المحيطة. ويوجهها إلى غايته، فيكون مؤدى ذلك أن تنسب هذه الظروف إليه، باعتبارها بعض وسائله إلى إدراك هذه الغاية ، مما يترتب عليه بالضرورة اندماج هذه الظروف فيه ، واكتسابه منها طابعاً مادياً.

<u>صفوة القول :</u>

وفى رأينا ترجيح الرأى الثانى الذى يفرق بين القادر وغير القادر، فإن من مبادئ الشريعة الإسلامية الإيجابية والمشاركة فى رفع الظلم والعدوان لقول الله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ﴾[3]، وأيضاً ﴿وَلاَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[4]. وأن يتوافر لديه الركن المعنوى المتطلب فى الاشتراك بالتسبب[5]. ويسند هذا الرأى حديث رسول الله (ﷺ) الذى ورد فيه " لا يقفن أحدكم موقفاً يضرب فيه رجل ظلماً ، فإن اللعنة تنزل على من حضره حين لم يدافعوا عنه" (رواه الطبرى) ، وقد قال بهذا الرأى الإمام ابن قدامة". رضى الله عنه[6].

ومن ثم فهذا الرأى وضع شرطاً هو العمل على الحيلولة دون حدوث النتيجة، فضلاً عن الواجب المفترض، وهو فرض

---

(1) المغنى جـ٩ ، ص ٥٨٠.
(2) د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق ، ص٤٧٧.
(3) سورة المائدة ، الآية ٢ .
(4) سورة البقرة ، الآية ١٩٥ .
(5) الأستاذ عبد القادر عودة ، جـ١ رقم ٢٦٥ ، ص ٣٧٢.
(6) المغنى جـ ٩ ص ٥٨٠.

كفايه وهو رفع الظلم ، وهذا يقترب من المذهب الألماني في الاعتراف للامتناع بإحداث نتائج إجراميه واشتراطه لشرطين الأول وجود واجب قانوني والثاني الحيلولة دون إحداث النتيجة وهذا ما عبر عنه الرأى الثاني في التفرقة بين القادر على منع الجريمة وغير القادر .

وقد أخذ بهذا الرأى عديد من التشريعات العربية، فقد نصت المادة ٢٢ من قانون عقوبات البحرين على أنه " إذا ارتكبت الجريمة بطريق الامتناع ممن أوجب عليه القانون أو الاتفاق أداء ما امتنع عنه، عوقب عليها كأنها وقعت بفعله". ونص قانون العقوبات العراقي في المادة ١٩ منه رقم ٤ على أن الفعل هو كل تصرف حرمه القانون سواء كان إيجابياً أم سلبياً كالترك أو الامتناع ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[1] .

الفصل الرابع
الشروع وجرائم الامتناع

المبحث الأول
الشروع وجرائم الامتناع في القانون الوضعي

تمهيد :

الشروع في الجريمة هو السلوك الذي يهدف به صاحبه إلى ارتكاب جريمة معينة كانت ستقع بالفعل لولا تدخل عامل خارج عن إرادة الفاعل حال في اللحظة الأخيرة دون وقوعها[2] ، وهو الركن المادي في الجريمة الناقصة، وإذا توافر الركن المعنوي إلى جانب عناصر الركن المادي (سلوك ونتيجة وعلاقة سببية بينهما) تقوم الجريمة .

وإذا كانت من الجرائم التي يكتفي المشرع بشأنها اتخاذ سلوك إجرامي معين ولا يتطلب نتيجة إجرامية ولا علاقة سببية مثل (حمل السلاح بدون ترخيص) [3].

وفيما يتعلق بالجرائم ذات السلوك المجرد أو المحض، والتي لا يشترط المشرع لقيامها توافر نتيجة إجرامية، فإن الشروع بصددها غير متصور، لأنها إما أن تقع كاملة أو لا تقع على الاطلاق . ويستفاد من ذلك أن الشروع في الجريمة مقصور فقط على جرائم النتيجة دون جرائم السلوك المجرد[4].

والشروع في الجريمة معاقب عليه وإن كانت علة العقاب في الشروع ليس فيما نجم عن سلوك الجاني من ضرر أصاب مصلحة اجتماعية هامة يحميها القانون الجنائي، وإنما تكمن تلك العلة في حظر تعرض تلك المصلحة للضرر[5] .

وسوف يتناول بحثنا عن الشروع في جرائم الامتناع في المطالب التالية :

المطلب الأول : عدم إمكانية تصور الشروع في جرائم الامتناع ذات السلوك المجرد .

المطلب الثاني : إمكانية تصور الشروع في جرائم الامتناع ذات النتيجة .

المطلب الثالث : معيار الشروع في جرائم الامتناع .

المطلب الرابع : تطبيقات الشروع في جرائم الامتناع .

---

(1) د. محمود نجيب حسني: الفقه الجنائي الإسلامي ، طبعة دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٧ ، ص ٤٧٨ ، ٤٧٩.
(2) د. رمسيس بهنام: النظرية العامة لقانون العقوبات، طبعة سنة ١٩٩٥ ص ٥٨٣.
(3) د. فتوح الشاذلي: قانون العقوبات، القسم العام، طبعة سنة ١٩٩٨، ص ٣٩٤.
(4) د. فتوح الشاذلي: المرجع السابق، ص ٣٩٥.
(5) د. فتوح الشاذلي: المرجع السابق، ص ٣٩٥.

المطلب الاول

عدم إمكانية تصور الشروع فى جرائم الامتناع
ذات السلوك المجرد

لا تثور مشكلة الشروع فى جرائم الامتناع المجرد لأنها جرائم تخلو من النتيجة . ومن ثم إما أن تقع كاملة أو لا تبدأ قط . فهى تتم بمجرد ارتكاب السلوك الإرادى لها.

وهذا النوع يصعب تمييز اللحظة التى يكون الفاعل فيها بادئاً فى تنفيذ الجريمة، لارتباطها كلية مع بعضها وعدم قابليتها للتجزئة .

وتطبيقاً لذلك ، يكون الامتناع مكوناً للركن المادى للجريمة ذات السلوك المجرد فقط دون انتظار النتيجة، فالركن المادى يتم وينتهى فى لحظة معينه دون إمكان انقسامه أو تجزئته، لأن الجريمة تعتبر تامة بمجرد انتهاء اللحظة التى كان يجب على الشخص أن يأتى بالفعل الذى أمرت به قاعدة قانونية معينة، وعلى هذا إجماع الفقه الغالب . وعلى الرغم من ذلك ، ذهب البعض إلى إمكانية تصور الشروع فى جرائم السلوك المجرد، مثال، الشخص الذى عليه واجب الإدلاء بالشهادة أمام الجهات القضائية ، فبدلاً من أن يتوجه إلى القضاء ذهب إلى محطة السكة الحديد وصرف تذكرة سفر وصعد القطار . فاعتبروا ذلك شروعاً فى جرائم امتناع مجرد[1].

ونحن نرى - مع من قالوا - أن هذا الرأى ظاهر البطلان، لأن الجريمة وقعت تامة، لأن بدء الجريمة وانتهاءها رهن بلحظة محددة، وهى المثول أمام سلطات القضاء، وإذا فات ميعاد المثول اكتملت الجريمة ، وذلك راجع إلى الطبيعة الخاصة التى تتميز بها جرائم السلوك المجرد، حيث يحدد القانون وقتاً معيناً لإتيان الفعل الإيجابى، فإذا ما ظل الشخص ساكتاً طوال هذا الوقت المحدد لإتيان الفعل الإيجابى حتى اللحظة الأخيرة من هذا الوقت، وبانتهاء هذه اللحظة نكون أمام جريمة تامة وليست شروعاً .

<u>خلاصة القول :</u>

جرائم الامتناع المجرد لا يمكن تحقق الشروع فيها، فهى إما أن تقع بالفعل أو لا تتم أصلاً ، ولا وسط بين الحالتين، ومن ثم ينبغى أن يكون مجال البحث عن الشروع فى جرائم الامتناع ذات النتيجة .

المطلب الثانى

إمكانية تصور الشروع فى جرائم الامتناع ذات النتيجة

الشروع فى هذه الجرائم لا يختلف عن الشروع فى الجرائم الإيجابية، فهو يتكون من محاولة إحداث نتيجة معينة مجرمة بنص معين، ولكن لظروف خارجة عن إرادة الجانى لم تتحقق هذه النتيجة[2].

مثال ، الأم التى امتنعت عن إرضاع الطفل قاصده قتله فيتدخل آخر لإنقاذه من الموت . وكذلك حال الممرضة التى تمتنع عن إعطاء الدواء بقصد قتله فينكشف أمرها ويمد المريض بالعلاج .

ففى الحالتين الشروع اكتمل بالسلوك ولكن النتيجة لم تكتمل بسبب لا دخل لإرادة الجانى فيه وهو اكتشاف أمره .

وإذا كان هناك إجماع من الفقه على ذلك ، فقد ذهب البعض إلى عدم إمكانية تصور الشروع فى جرائم الامتناع ذات النتيجة، وذلك على اعتبار أن الشروع يتطلب البدء فى تنفيذ الفعل، وهى الحلقة المادية الأولى من سلسلة الأفعال المؤدية إلى وقوع الجريمة[3].

---

(1) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ١٥٩ هامش ٢، ٣، ٥.

(2) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ١٦١.

(3) د. رفعت الشاذلى: المرجع السابق، ص ٤١٤ ، هامش ٢ .

والواقع أن هذا لا يستقيم مع إجماع الفقه من إمكان الشروع في جرائم الامتناع ذى النتيجة، وهى لا تختلف عن الشروع فى الجرائم الإيجابية . فالأم التى تقتل طفلها بالخنق ، تستطيع أن تمتنع عن إرضاعه فتؤدى إلى ذات النتيجة وهى القتل، فالشروع ممكن فى الحالتين .

المطلب الثالث
معيار الشروع فى جرائم الامتناع

تمهيد:

من المعلوم أن الأعمال التحضيرية غير كافية لإنشاء الشروع، بل الشروع هو البدء فى الأعمال التنفيذية لارتكاب جريمة . وخاب الأثر بسبب لا دخل لإرادة الجانى فيه .

ومن ثم يكون هذا السلوك الذى تجاوز مرحلة العمل التحضيرى إلى مرحلة العمل التنفيذى محل اهتمام وتقدير فضلاً عن النية المصاحبة لهذا السلوك ، ويتنازع هذا الأمر اتجاهان: أحدهما مادى والآخر شخصى .

أولا: الاتجاه المادي :

يلزم أن يكون الفاعل قد حقق عملاً فى بداية الركن المادى كما وصفه نموذجها، وإلا فلا يعتبر سلوكه شروعاً فى الجريمة ولا ينال على السلوك عقاباً[1].

فلا يعاقب على المقاصد، وإنما يهتم بالجانب المادى للجريمة فى صورة الغدر مقارنة بالجريمة التامة ، ويشترط أن يكون الفعل المرتكب قد اقترب من تمام الجريمة ويمثل خطراً فى ذاته[2].

ويتميز هذا المعيار بالدقة والوضوح فى تحديد البدء فى التنفيذ مكوناً للشروع ولكن يعيبه فى الوقت نفسه أن جعل بعض الأعمال المادية خارج دائرة العقاب، مثل الذى قام بكسر الأبواب تمهيداً لسرقة المسكن، إلا أنه لم يحز الشيء المسروق الذى سعى إليه من مجوهرات ثمينة، فهو لا يعد شارعاً فى التنفيذ وهى نتيجة غير منطقية .

فضلاً عن ذلك، التناقض بين حالة الدفاع الشرعى المقررة حيال السلوك المادى الممثل فى الاعتداء على المال أو النفس من قبل الجانى، وبين المعيار المادى الذى جعل الفعل المادى قد اقترب من تمام تنفيذ الجريمة، وهذا لا يقبله الواقع وترفضه حالة الدفاع الشرعى حتى فى صورته الوهمية .

وقد أخذ على هذا المذهب ترك جناة بدون عقاب وهم أهل للعقاب بسبب ما بدر منهم من سلوك يقطع بانسجام بينهم على الجريمة[3].

وقد حاول أنصار هذا الاتجاه المادى معالجة النقد بإضافة المزيد، مؤداه أنه لا يكفى لاعتبار الإنسان شارعاً أن يكون قد حقق بسلوكه ما يعتبر ظرفاً مشدداً لعقوبة الجريمة المشروع فى ارتكابها، ولو لم يكن قد حقق بعد بسلوكه بداية النموذج الذى وصفت به الجريمة فى نص القانون .

غير أن هذا مردود عليه لأن الظروف المشددة لكل جريمة ليست متفقة من حيث جواز اعتبار أى منها - لو حدث- عناية شروع فى ارتكاب الجريمة[4].

فمثلاً جريمة السرقة من الظروف المشددة الليل أو حمل السلاح ظاهراً أو مخبئاً ، فمثلاً الشخص الذى يحوم حول مسكن ما ومعه سلاح ولم يكن قد تسلق السور ودخل إلى المسكن للسرقة ، فهل يمكن اعتباره شارعاً للسرقة طبقاً لهذا الرأى؟ لاشك أن ذلك لا يسوغ قانوناً.

---

(1) د. رمسيس بهنام: نظرية التجريم فى القانون الجنائى ، منشأة المعارف الإسكندرية طبعة ١٩٧١ ، ص ٢٠٤ .
(2) د. رفعت محمد إبراهيم الشاذلى: المرجع السابق، ص ٤١٦ ، هامش ١ .
(3) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ٢٠٤ .
(4) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق، ص ٢٠٥.

وقد اتخذ البعض علاقة السببية كمعيار للتمييز بين الأعمال التحضيرية والتنفيذية ، وملخص تلك الأعمال التى تعد سبباً فى حدوث النتيجة هى التى يكون توافرها ضرورياً فى تحقيق النتيجة، عكس الأعمال التى يعتبر ظرفاً فيها فتكون أعمالاً تحضيرية .

مثال : شراء مادة سامة لجريمة القتل العمد، فالفعل هنا يعد بدءاً فى التنفيذ لأنه يؤدى إلى النتيجة ولا يعتبر ظرفاً فيها .

إلا أن هذا مردود عليه لأنه لا يعد الفعل سبباً فى حدوث النتيجة إلا إذا ارتبط برابطة دائمة فى تحقيقها، كما أن الشروع معناه تخلف النتيجة التى تعمدها الجانى، وهذه علاقة تصورية ولا توجد إلا فى ذهن الجانى دون أن يكون لها ظل فى الواقع[1].

ثانياً: الاتجاه الشخصى :

وهو الذى يعتد بالخطورة الشخصية للجانى والاعتداد بنيته، وهذا عكس الاتجاه المادى .

ويذهب أصحاب هذا الرأى وعلى رأسهم الأستاذ (جارد) إلى القول بأن الشروع هو سلوك يؤدى حالاً ومباشرة إلى الركن المادى للجريمة كما وصفه نموذجها القانونى، ولو لم يكن السلوك قد حقق بالفعل بداية هذا الركن.

فالشروع وفقاً للاتجاه الشخصى هو اتجاه الإرادة نحو تحقيق غاية إجرامية معينة، وتتأكد هذه الإرادة بأفعال خارجية تلى على أنها إرادة مسبوقة بالعزم على جعلها إرادة حقيقية .

ولم يتفق أصحاب هذا الاتجاه على تحديد معيار للتفرقة بين الأعمال التحضيرية والأعمال التنفيذية.

فقد ذهب البعض إلى القول بأن الشروع يتوافر متى بدأ الجانى فى تنفيذ مشروعه الإجرامى بمجرد وضع الوسائل التى أعدها موضع التنفيذ ، وهذا المعيار يتسم بالغموض ولا يحدد بدقة الوقت الذى يكون الجانى قد وضع وسائله موضع التنفيذ.

وذهب البعض الآخر إلى معيار (البدء فى الاعتداء) لأن الأعمال التحضيرية لا تتضمن اعتداء ، وهو ما يشير إلى طبيعة الأعمال فى المرحلتين ، ففى الأعمال التحضيرية يستطيع الجانى العدول بينما فى الأعمال التنفيذية يكون بدأ مرحلة الشروع.

ويترتب على هذا المعيار توحيد الأعمال التحضيرية والتنفيذية بالنسبة لجميع الجرائم وهو ما لا يمكن قبوله[2].

وقد ذهب آخرون وعلى رأسهم جارو أنه من اللازم تحديد بداية التنفيذ من جانب الجانى وفقاً لتقديره، فيكون بدأ فى التنفيذ إذا علم أنه بهذا الفعل الذى أتاه بدأ فى تنفيذ جريمته.

ويعيب هذا الرأى أنه يترك للجانى تكييف الجريمة فى بدء الجريمة من مزعومه ، وهو ما لا يمكن قبوله .

ويذهب جارو إلى القول بأن البدء فى التنفيذ (الشروع) هو العمل الذى يؤدى حالاً ومباشرة إلى وقوع الجريمة حتى لو كان سابقاً على الأفعال الداخلة فى تكوينها المادى. وهو ما يعنى الاكتفاء فى تعريف الشروع بأنه العمل المؤدى مباشرة إلى ارتكاب الجريمة.

وقضاء محكمة النقض الفرنسية استقر على الأخذ بالمذهب الشخصى وعلى تردد صياغته .

فمثلاً حكم بأن الشروع هو تلك الأفعال التى تكون نتيجتها المباشرة الحالية تنفيذ الجريمة ، وأنه لذلك لا يعتبر المتهم شارعاً فى قتل الشاب الذى تتبناه عشيقته لمجرد أنه اشار على شخص بقتل ذلك الشاب، وتلاقى أكثر من مرة مع هذا الشخص إلحاحاً منه على التنفيذ، وسلمه مبلغ ١٣ فرنكاً على ثلاث دفعات، وأرشده إلى مكان الشاب المطلوب قتله، لأن هذا كله لا يرمى على بداء فى تنفيذ الفعل[3] .

---

(1) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق، ص ٤١٩.
(2) د. رفعت الشاذلى: المرجع السابق، ص ٤٢٠.
(3) د. رمسيس بهنام: نظرية التجريم فى القانون الجنائى، ص ٢٠٦.

موقف القضاء المصرى :

استقر قضاء محكمة النقض على الأخذ بالمذهب الشخصى بعدما ترددت فى بادئ الأمر فى الأخذ بالمذهب المادى، وحكم بأن تحضير الأدوات والسبائك اللازمة للتزييف واستعمالها بالفعل فى إعداد العملة الزائف التى لم تصل إلى درجة من الإتقان تكفل لها الرواج فى المعاملة، يعتبر فى نظر القانون من أعمال الشروع المعاقب عليه قانوناً، إذ إن المتهمين بهذا قد تعدوا مرحلة التفكير والتحضير، وانتقلا إلى دور التنفيذ، بحيث لو تركا وشأنهما لما وقعت الجريمة فى أعقاب ذلك مباشرة[1].

وقضى بأنه إذا كان الثابت أن المتهم سكب سائل البترول على نافذة ماكينة طحن الغلال وهو يحمل أعواد الثقاب بقصد إشعال النار فيها فيكون بذلك قد أتى فعلاً من الأفعال المرتبطة بهذه الجريمة ارتباط السبب بالمسبب، ويعد هذا الفعل شروعاً لا مجرد أعمال تحضيرية[2].

وحكم بأنه إذا كان المتهمان قد دفعا المجنى عليها كرهاً للركوب بالسيارة بقصد مواقعتها ثم انطلقا بها وسط المزارع حتى إذا اطمأنا إلى أنهما قد صار بمأمن من أعين الرقباء فشرعا فى اغتصابها معتمدين فى ذلك على المسدس الذى كان يحمله أحدهما ، فاستغاثت المجنى عليها لكى ينجدها أحد ، فسمع خفيران هذه الاستغاثة، فإن أركان الشروع فى الاغتصاب تكون متوافرة[3] .

وقضى بأنه يعتبر بدءاً فى التنفيذ وشروعاً فى جريمة نصب تقديم السند المزور للمجنى عليه لكى يدعم به الجانى كذبه[4] .

رأينا فى موقف القضاء المصرى :

يذهب -بحق- أستاذنا الدكتور فتوح الشاذلى إلى القول بأن المستقر عليه فى الفقه والقضاء ظاهره ينحاز إلى المذهب الشخصى فى التمييز بين البدء فى التنفيذ والأعمال التحضيرية ، إلا أن الحقيقة ليست كذلك لأن البدء فى التنفيذ وفقاً لما استقر فى فرنسا ومصر ، هو الفعل الذى يؤدى مباشرة إلى ارتكاب الجريمة ، وهذا التعريف فى حقيقته مستمد من المذهب المادى وليس من المذهب الشخصى [5].

وبفهم ذلك يتعين استرجاع الشروع وأركانه ، من توافر الركن المادى والمعنوى معاً، والركن المعنوى لا يختلف فى الجريمة الناقصة من الكاملة ، فهو واحد لا يقبل التفكيك أو التجزئة[6].

وعلى العكس فإن الركن المادى فى الشروع يكون منقوصاً، وبمعنى آخر يجب أن يبرز الركن المادى فى جريمة الشروع بالأعمال أو الأفعال التى يتكون منها البدء فى التنفيذ، وهى تلك المقومات الموضوعية الصالحة لوقوع الجريمة كاملة ، وهذا يؤدى إلى ضرورة توافر علاقة سببية بين أفعال البدء فى التنفيذ ويظهر ذلك فى التسلسل السببى فى نتائج الأعمال التنفيذية، حتى تتوقف آثاره ولا تتحقق النتيجة فى جريمة الشروع . ومن ثم يكون الفعل بدءاً فى التنفيذ إذا كان وفقاً للمجرى العادى للأمور يؤدى إلى وقوع الجريمة .

بل إن نص م ٤٥ عقوبات يعتبر ذلك، فقد جاء فى هذا النص أن الشروع هو البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها .

وقد حدد النص أركان الشروع فى ركن معنوى متمثل فى قصد ارتكاب جناية أو جنحة، والركن المادى فى تنفيذ

---

(1) نقض ١٧ مايو سنة ١٩٦٠ س ١١ رقم ٨٩ ص ٤٦٣.
(2) نقض ٣٠ مارس سنة ١٩٤٩ ١٠ رقم ٨٠ ص ٣٦٠.
(3) نقض ٣٠ يناير سنة ١٩٦٠ س ١٢ رقم ٢٥ ص ١٥٦ .
(4) نقض ١٩٦٥/٣/٢٩ س ١٦ رقم ٦٦ ص ٣٠٨.
(5) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، ص ٤٠٨.
(6) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، ص ٤٠٨.

فعل أى نشاط مادى ، وقد تركه المشرع للقواعد العامة فى الركن المادى فى الجريمة ، ومن سلوك ونتيجة وعلاقة سببية بينهما ، مع الأخذ فى الاعتبار ما لجريمة الشروع من وضع خاص لكونها جريمة ناقصة، أى تختلف فيها النتيجة لأسباب خارجة عن إرادة الجانى .

ولولا هذه الأسباب لتحققت النتيجة لأن الفعل يتضمن من الإمكانيات - طبقاً للمجرى العادى للأمور - ما يجعله كافياً وملائماً لإحداث النتيجة .

المطلب الرابع
تطبيقات للشروع فى جرائم الامتناع

قد يكون الامتناع مسبوقاً بفعل إيجابى، وقد يكون سلوك امتناع فقط وغير مسبوق بفعل إيجابى، فيكون على النحو التالى :

أ- الشروع فى جرائم الامتناع المسبوق بفعل إيجابى :

ومثاله أن يحبس شخص آخر ويمنع عنه الطعام والشراب قاصداً قتله ، فينكشف أمره ويتم إنقاذه بسبب لا دخل لإرادته فيه ، وهذا ليس فيه خلاف بين الشراح ، بل ذهب البعض إلى أن الامتناع اللاحق هو حلقة من حلقات السلوك الإجرامى الإيجابى المؤدى لإحداث النتيجة، وإن تغيرت مادية السلوك من إيجابى على سلبى .

ب- الشروع فى جرائم الامتناع :

ومثاله الأم التى تمتنع عن إرضاع الطفل أو الممرضة التى تمتنع عن إعطاء المريض الدواء ، فينكشف أمرهما ، بسبب لا دخل لإرادتهما فيه.

المبحث الثانى
الشروع فى الجريمة فى الشريعة الإسلامية وعلاقته بجرائم الامتناع

القاعدة فى الشريعة أن الشروع فى الجرائم لا يعاقب عليه بقصاص ولا حد، وإنما يعاقب عليه بالتعزير أياً كان نوع الجريمة . أى أن كل فعل تعتبره الشريعة معصية يعاقب عليها بالتعزير، لأن القصاص والحد لا يكونان إلا فى الجرائم التامة ، أما الجرائم غير التامة فيعاقب عليها بالتعزير .

وعلى هذا المنوال سار فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الجرائم التى تمت وعقوباتها مقدرة فهى خارج نطاق الشروع تماماً وما عدا ذلك فهى تخضع لنظرية التعزير.

ومن ثم فإن كل شروع فى فعل محرم يعد معصية فى حد ذاته أى جريمة تامة ، بصرف النظر عن إتمام النتائج من عدمه، ما دام الجزء المحرم الذى يعد من الأفعال المكونة للجريمة قد تم ، فمثلاً السارق الذى تسلق الجدار ليسرق المنزل ولم تتم السرقة لضبطه بمعرفة قاطن المسكن فإنه يرتكب معصية تستوجب التعزير ، ولا يستحق إقامة الحد لعدم تمكنه من إتمام السرقة وهى الاستيلاء على المسروقات .

وقياساً على ذلك الزانى إذا دخل بيت المرأة للزنا، ولكنه ضبط قبل الزنا فإنه لا يرجم أو يقتل لعدم إتمام الزنا ولكنه يستحق التعزير شرعاً .

وسوف نتناول بحثنا هنا لدراسة الشروع فى مطلبين :

المطلب الأول : أركان جريمة الشروع فى الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني : الشروع وعلاقته بجرائم الامتناع فى الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول
أركان الشروع

للشروع ركن مادى يتمثل فى الفعل الذى استهدفه الجانى لتحقيق النتيجة الإجرامية ، وركن معنوى يتمثل فى القصد وأخيرا ركن عدن إتمام الجريمة لأسباب لا دخل لإرادة الجانى فيه.

الركن الأول للشروع : البدء فى التنفيذ

مراحل الجريمة :

مراحل الجريمة هى التفكير فيها والتصميم عليها، والتحضير لها، ثم البدء فى تنفيذها. والأصل أن الشارع لا يعاقب فى التفكير فى الجريمة والتصميم عليها ولا يعاقب كذلك على التحضير لها. ويبدأ تدخل الشارع بالعقاب حينما يلجأ الجانى مرحلة التنفيذ، فيبدأ فيه، وقد يستطيع المضى فيه حتى نهايته، فتتم الجريمة، وقد يتوقف عند مرحلة منه، فيتصف فعله بأنه "بدء فى التنفيذ".

وبناءاً على ذلك فإن "البدء فى التنفيذ" يحدد الخط الفاصل بين التحضير للجريمة، وأولى خطوات تنفيذها، أى بيان متى ينتهى التحضير للجريمة، ويبدأ تنفيذها.

ونعرض فيما يلى لمراحل الجريمة التى لا يعاقب الشارع عليها، ونعرض بعد ذلك لمراحلها التى يتدخل فيها الشارع للعقاب.

التفكير فى الجريمة والتصميم عليها :

التفكير فى الجريمة والتصميم عليها هو المرحلة النفسية للجريمة، إذ الجريمة محض فكرة أو مجرد إرادة . ولا عقاب على هذه المرحلة، ولو ثبت التفكير أو التصميم على نحو لا شك فيهن كما لو اعترف به صاحبه، أو أبلغ غيره عنه.

وسند هذه القاعدة هو قول رسول الله ﷺ ((إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثتث به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم)). وقوله ﷺ ((من هم بحسنة فلم يفعلها كتبت له حسنة، ومن هم بسيئة ولم يفعلها لم يكتب له شئ)). وهذه القاعدة تتفق مع فلسفة الشريعة الإسلامية من حيث أنها لا تحاسب الناس قضاء إلا على مظاهر من أفعالهم، أما ما كمن فى صدورهم من أفكار أو نواياه، وإن خبث ، فالحساب عليها عند الله تعالى المطلع على السرائر العليم بها يحاسبهم عليها يوم يبعثون.

وقد شرح هذه الفلسفة الإمام الشافعى –رضى الله عنه- فقال إن الله تعالى عز وجل ظاهر على عباده الحجج فيما جعل إليهم من الحكم فى الدنيا بأن لا يحكموا بما ظهر من المحكوم عليه وإن لا يجاوزوا أحسن ظاهره، ففرض على نبيه أن يقاتل أهل الأوثان حتى يسلموا وأن يحقن دماءهم إذا ما أظهروا الإسلام ثم بين الله ثم رسوله أنه لا يعلم سرائرهم فى صدقهم بالإسلام إلا الله[1] . وقال رضى الله عنه: إن رسول الله ﷺ قال : ((لا أزال أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوا لا إله إلا الله فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله)). وأضاف الشافعى إلا ذلك تفسيراً لهذا الحديث أن الله تعالى فرض على رسوله أن يقاتل الناس حتى يظهروا أن لا إله إلا الله فإذا فعلوا منعوا دماءهم وأموالهم إلا بحقها. يعنى إلا بما يحكم الله تعالى عليهم فيها وحسابهم على الله بصدقهم وكذبهم وسرائرهم والله العالم بسرائرهم المتولى الحكم عليهم دون أنبياءه وحكام خلقه[2]. وقال رضى الله عنه الأحكام على الظاهر، والله ولى الغيب، من حكم بالأركان (أى فهم

---

(1) الأم للشافعى ، جـ ٧ ، ص ٢٦٨ .
(2) الأم للشافعى جـ ٦ ، ص ٢٦٨ .

الشئ بالظن من غير أدلة مادية) جعل لنفسه ما حظر الله تعالى عليه ورسوله، لأن الله عز وجل يتولى الثواب والعقاب على الغيب، لأنه لا يعلمه إلا هو جل ثناؤه، وكلف العباد بأن يأخذوا من العباد بالظاهر، ولو كان لأحد أن يأخذ بباطن عليه دلالة كان لرسول الله ﷺ وما وصفت هنا يدخل فى جميع العلم. فإن قال قائل: فما الذى دل عليه ما وصفت من أنه لا حكم بالباطل، قيل كتاب الله تبارك وتعالى ثم سنة رسول الله ﷺ وأمر الله تبارك وتعالى فى المنافقين، فقد قال لنبيه ﴿إذا جاءك المنافقين قالوا نشهد إنك لرسول الله والله يعلم إنك لرسوله والله يشهد إن المنافقين لكاذبون * اتخذوا أيمانهم جُنة فصدوا عن سبيل الله إنهم ساء ما كانوا يعملون﴾[1]. فأقرهم رسول الله ﷺ يتناكحون ويتوارثون، ويقسم لهم إذا حضروا القسمة ويحكم لهم بأحكام المسلمين، وقد أخبر الله تعالى ذكره عن كفرهم، وأخبر رسوله أنهم اتخذوا أيمانهم جنة من القتل بإظهار الإيمان[2].

الأعمال التحضيرية للجريمة :

يراد بالأعمال التحضيرية كل فعل يجوز به الجانى وسيلة ارتكاب الجريمة كشراء السلاح أو تجهيز المادة السامة أو استعارة أداة فتح الخزانة، وتشمل الأعمال التحضيرية كذلك كل فعل يضع به الجانى نفسه فى الموضع الذى يمكنه من الإقدام بعد ذلك على تنفيذ الجريمة، كاتخاذه مكاناً فى عربة النقل العام لسرقة بعض مستقليها أو سيره فى الطريق الموصل إلى مسكن المجنى عليه حيث يريد ارتكاب القتل أو السرقة أو الإتلاف. وفى تعبير عام، يراد بالأعمال التحضيرية كل فعل يهدف به الجانى إلى خلق الوسط الملائم لتنفيذ الجريمة.

إن الأعمال التحضيرية فى رأى فقهاء المذهبين الحنفى والشافعى لا تعتبر فى ذاتها جريمة لأنها لا تعتبر فى ذاتها معصية، إذ لا تهدر مصلحة يحميها الشارع. ومؤدى ذلك، بمفهوم المخالفة أنه إذا كان العمل التحضيرى معصية فى ذاتها تعين العقاب عليه، ويعاقب عليه كجريمة فى ذاته استقلالاً عن الجريمة التى كان التحضير لها. ومثال ذلك أن يحوز الجانى مخدراً أو مسكراً، بنية تخدير المجنى عليه أو إسكاره لسرقته أو هتك عرضه، فإنه يعاقب على حيازة السكر أو حيازة سلاح بغير ترخيص أو شراء سلاح فى زمن الفتنة باعتباره فى ذاته معصية.

ولكن عم العقاب قضاء على العمل التحضيرى لا ينفى إثم مرتكبه ديانة يحاسبه الله تعالى على ذلك، لأنه سعى إلى ما حرمه الله وخطأ خطوات فى اتجاه العدوان على مصلحة يحميها[3] .

ويقول فى ذلك الإمام القرافى، وهو من أئمة المالكية فى تنقيح الأصول "الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى اقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسط".

ولكن فقهاء المالكية والحنابلة يرون العقاب على العمل التحضيرى وحجتهم فى ذلك أن الوسيلة إلى حرام هى فى ذاتها حرام، إذ لا يكون الحرام إلا عن طريقها فتأخذ حكمه. وإذا كان الأصل الثابت أن ما لا يتم الواجب إلا به يكون فى ذاته واجباً، فإنه يتعين القول بالمقابل أن ما لا تقع المعصية إلا عن طريقه يكون بدوره معصية، ويتعين العقاب عليه"[4].

ويقول الإمام ابن القيم، وهو من أئمة الحنابلة "وسائل المحرمات فى كراهتها والمنع فبا بحسب إفضائها إلى غايتها وارتباطها بها كوسائل المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنها مقصود قصد الغايات ، وهى مقصودة قصد الوسائل: فإذا حرم الله سيئاً وله طرق "وسائل تفضى إليها" فإنه يحرمها ، ويمنع منها تحقيقاً وتثبيتاً له، ومنعاً من أن يقرب حماه، وإذا أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقداً للتحريم، إغراء النفوذ به وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء". ويضيف إلى ذلك أنه "من تأمل مصادر الشريعة علم أن الله ورسوله سد للذراع المفضية إلى المحارم بأن حرمها

(1) سورة المنافقون ، الأيتان ١ ، ٢ .
(2) الأم للشافعى ، جـ ٢ ص ٤١.
(3) الإمام محمد أبو زهرة ، العقوبة ، ص ٣٣٦.
(4) الإمام القرافى، الفروق، جـ٢، ص ٣٢.

ونهى عنها، والذريعة ما كانت وسيلة وطريقاً إلى الشئ"[1].

ونحن نرى ترجيح رأى الحنفية والشافعية، ذلك أن العمل التحضيرى ليس فى ذاته معصية ، لأنه لا يهدر مصلحة ، وبناءً على ذلك انتفت العلة فى العقاب عليه، إذ لا عقاب على ما يعد معصية. وإذا كان فى ذاته معصية استقلالاً عن الجريمة التى كان التحضير لها، وقد توافر علة أخرى للعقاب عليها، غير علة كونه تحضيراً لجريمة أخرى. وبالإضافة إلى ذلك، فإن العمل التحضيرى غامض من حيث دلالته على الاتجاه إلى التحضير إلى جريمة معينة ، ومؤدى ذلك أنه لا يكشف فى صورة أكيدة عن نية إجرامية: فشراء سلاح قد يدل على اتجاه إلى ارتكاب جريمة قتل أو جرح، ولكنه قد يدل على اتجاه إلى استعماله فى الصيد أو فى الدفاع عن النفس، وتركيب مادة سامة قد يدل على اتجاه إلى جريمة، ولكنه قد يدل على اتجاه إلى استكمالها فى إبادة الحشرات، ويعنى ذلك أن صعوبات إثبات النية الإجرامية تقف عقبة ضد الإجراءات الجنائية إذا اعتبر العمل التحضيرى للجريمة صورة للشروع فيها[2]. وبالإضافة إلى ذلك ، فإن لهذه القاعدة سندها من سياسة العقاب، ذلك أن عد العقاب على العمل التحضيرى هو تشجيع على العدول عن تنفيذ الجريمة، وهذه المصلحة تتفوق على كل مصلح للمجتمع يهدف إلى تحقيقها عن طريق توقيع العقاب.

البدء فى التنفيذ :

إذا جاوز الجانى مرحلة العمل التحضيرى للجريمة، فبدأ فى تنفيذها تعين العقاب، ويعنى ذلك أن الانتقال من مرحلة التحضير إلى مرحلة البدء فى التنفيذ هو انتقال من مجال الإباحة إلى مجال العقاب.

والصعوبة التى يثيرها البدء فى التنفيذ هو تحديد معياره، أى تحديد المعيار الذى يفرق بين العمل التحضيرى والبدء فى التنفيذ.

يجمع الفقهاء على أن المعيار مضمونه أن يكون فعل الجانى معصية فى اتجاه الجريمة: فإذا ظهرت العلاقة بين الفعل وبين الجريمة المستهدفة به وكان هذا الفعل فى ذاته معصية اعتبر بدءاً فى تنفيذها، أما إذا لم يكن كذلك فهو ما يزال فى مجال الأعمال التحضيرية . ويستعان فى تحديد المعيار بالإضافة إلى ذلك بنية الجانى وثبوت اتجاهها إلى تنفيذ الجريمة[3].

وبناءا على ذلك، كان هذا المعيار مزدوج التركيب: فهو موضوعى من حيث اشتراط ثبوت اتجاهه إلى الجريمة، وهو ما يقاس بكمون الخطر فيه تجاهها، أى كونه يقوم به الاحتمال الغالب فى أن يعقبه التنفيذ الكامل للجريمة، وهو شخصى كذلك، إذ تعتبر نية صاحبه تجاه الجريمة عنصراً فيه .

وتطبيقاً لهذا المعيار، يرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجانى إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقته. ومعه مبرد ليستعمله فى فتح الباب ، أو مثقب لنقب الحائط. ولو أنه لم يبدأ فى فتح الباب أو نقب الحائط، إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة، ويعزر الجانى إذا وجد متربصاً بجوار محل السرقة يترصد غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه[4]. ويعتبر شروعاً فى الزنى خلوة الرجل بالمرأة التى يريد الزنى بها، خاصة إذا كانا عاريين أو بالملابس الداخلية أو أغلقا عليهما باب الغرفة التى يختليان بها.

---

(1) الإمام ابن القيم ، أعلام الموقعين، جـ٣ ، ص ١١٧.
(2) الأستاذ عبد القادر عودة، رقم ٤٩ ، ص ٢٤٨.
(3) الأستاذ عبد القادر عوده، رقم ٢٤٩.
(4) أبو عبد الله الزبيرى الماوردى، الأحكام السلطانية، ص ٢٠٧، الإمام محمد أبو زهرة، رقم ٣٨٥ ص ٣٣٨.

"الركن المعنوى"

صورة الركن المعنوي للشروع :

يتخذ الركن المعنوى فى الشروع صورة "القصد الجنائى"، ذلك أن الشروع يقتصر بطبيعته على الجرائم العمدية، فلا شروع فى الجرائم غير العمدية.

وتعليل ذلك أن الشروع يفترض توجيه الإرادة نحو إحداث نتيجة إجرامية، ثم العجز عن إحداثها. وإذا كانت الإرادة اتجهت إلى إحداث النتيجة، فذلك هو القصد الجنائى.

والقصد الجنائى الذى يتعين توافره بالنسبة للشروع فى جريمة هى عين القصد الجنائى الذى يتعين توافره إذا كانت الجريمة تامة ، فيقوم فى الحالتين على ذات العناصر ويخضع لذات الأحكام. وعلى سبيل المثال، فإنه إذا كان القصد الجنائى يتطلب فى القتل التام "نية إزهاق الروح"، وفى السرقة "نية التملك"، فهو يتطلب ذات النية بالنسبة للشروع فى الجريمة. ولا خلاف بين الفقه الإسلامى والفقه الوضعى فى هذه القاعدة، لك أنها نابعة عن طبيعة الشروع.

وغنى عن البيان أن القصد الجنائى فى الشروع يتطلب اتجاه إرادة الجانى إلى ارتكاب الجريمة تامة، ولا يتصور أن تتجه إرادته إلى مجرد الشروع فيها، إذ أن يحقق له الشروع الغرض الذى يسعى إلى تحقيقه. وبالإضافة إلى ذلك، فالفرض أن عدم إتمام الجريمة لم يكن مرجعه إلى إرادة الجانى، ولذلك لم يكن متصوراً أن تتجه إرادته إلى عدم إحداث النتيجة. وإذا ثبت أن إرادة الجانى لم تتجه إلى إتمام الجريمة، فإنه لا يسأل عن شروع فيها، وإنما يسأل عن الجريمة التى تقوم بالأفعال التى أراد أن يقصر نشاطه على إتيانها.

ولما كان الشروع ينصرف بطبيعته إلى جريمة معينة، إذ يسأل الجانى عن شروع قتل أو عن شروع فى سرقة، فمؤدى ذلك أنه لا محل لشروع مجرد، أى شروع فى غير جريمة محددة. ويترتب على ذلك أنه إذا لم تتحدد إرادة الجانى بالاتجاه إلى إحداث نتيجة إجرامية معينة، فلا محل للشروع، ولا وجه للعقاب إلا إذا كان النشاط الذى صدر عنه يعد جريمة قائمة بذاتها، وكانت الإرادة الصادرة عنه تصلح لأن تقوم بها هذه الجريمة: فمن يدخل منزلاً دون أن تكون إرادته متجهة إلى ارتكاب جريمة معينة لا يسأل عن شروع، ولكن قد يسأل عن انتهاك حرمة ملك الغير.

لا شروع فى الجرائم غير العمدية :

لا يقوم الركن المعنوى فى هذه الجرائم على القصد الجنائى، بل يفترض انتفاءه وتوافر الخطأ غير العمدى، ومن ثم لم يكن للشروع فيها محل، إذ ينقصه دائماً أحد أركانه.

وبناء على ذلك، فالفعل المنطوى على خطر يهدد حقاً والصادر عن خطأ غير عمدى لا يعد شروعاً إذا لم تحدث النتيجة التى يتمثل فيها الاعتداء على الحق وتقوم بها جريمة غير عمدية معينة ، ولكن هذا الفعل قد يعد جريمة فى ذاته إذا كان القانون يعاقب عليه مجرداً، أو كان قد أحدث نتيجة تقوم بها جريمة غير عمدية أخرى .

الركن الثالث : عدم إتمام الجريمة

الفرق بين الشروع فى الجريمة والجريمة التامة :

يفترض الشروع أن الجريمة لم تتم، إذ ينقص من عناصرها أحد هذه العناصر، وعلى وجه التحديد فإنه ينقص من ركنها المادى حدوث النتيجة الإجرامية، فالفرض أن الجانى قد ارتكب الفعل الذى يجرمه القانون قاصداً إحداث نتيجته التى يتمثل فيها اعتداء على المصلحة التى يحميها الشارع، ولكن هذه النتيجة لم تحدث. ويعنى ذلك أن هذه المصلحة لم ينلها اعتداء، ولكن هددها الخطر، باعتبار أن الفعل كان من شأنه إحداث الاعتداء، وكان التسلسل الطبيعى للأحداث أن يحدث هذا الاعتداء.

تصنيف حالات عدم إتمام الجريمة :

عدم إتمام الجريمة يصنف فى حالات ثلاثة : عدم إتمام الجريمة لأسباب لا ترجع إلى إرادة الجانى ويطلق عليها العدول الإضطرارى أو غير الاختيارى، والعدول الاختيارى ، والعدول المختلط.

العدول الاضطرارى أو غير الاختيارى :

العدول الاضطرارى أو غير الاختيارى يرجع إلى أسباب خارجية فرضت على الجانى عدم إتمام الجريمة، ويعنى ذلك أن إرادة الجانى لم تكن حرة فى عدولها، بل كان ثمة إكراه مادى أو معنوى يرسم لها اتجاهها، مثال ذلك أن يتعرض لمقاومة المجنى عليه فيعجز عن التغلب عليها، أو أن يتدخل شخص يناصر المجنى عليه فى مقاومته أو يهدد الجانى بشر إذا استمر فى تنفيذ جريمته .

وحكم هذا العدول لا يثير صعوبة، إذ توقع عقوبة الشروع فى الجريمة على الرغم منه. ويوصف هذا العدول فى الفقه الوضعى بأنه أحد أركان الشروع. وعلة توقيع العقاب على الرغم من عدم تحقق الاعتداء أنه لا فضل للجانى فى هذا العدول، إذا كان مفروضاً عليه، وقد عبر بفعله وإرادته عن خطورته على المصلحة التى يحميها القانون، وخطورته تبعاً لذلك على المجتمع.

العدول الاختيار وأثره فى الجريمة :

للفقهاء فى هذه المسألة آراء ثلاثة :

الأول: الشافعية والحنابلة يرون سقوط العقوبة بالتوبة استناداً إلى سقوط عقوبة الحرابة بالتوبة ، لقوله تعالى ﴿إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ * إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[1] ، وحديث النبى ﷺ "التائب من الذنب كمن لا ذنب له"[2] .

الثانى: التوبة لا تسقط إلا فى الحرابة فقط للنص الصريح، ولقد رجم النبى ﷺ ماعزا والغامدية وسمى إقامة الحد توبة.

الثالث: هو قول ابن تيمية وابن القيم فى التفرقة بين الحقوق التى تجب لله والحقوق التى تجب للأفراد، فالتوبة وسقوط العقاب فى حق الله ولكن هى حقوق الأفراد لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

ويمكن القول بأنه إذا كان الباعث على العدول الاختيارى هو "التوبة" إلى الله تعالى فإن تأثيرها على العقاب على الشروع موضع اختلاف فى الفقه الإسلامى: فتذهب آراء إلى أن التوبة سبب للإعفاء من العقاب، وتذهب آراء أخرى إلى أنها ليست سبباً للإعفاء من العقاب، وتتوسط آراء فتقرر أن لها هذا الأثر فى بعض الحالات دون البعض الأخر. وتأثير التوبة على العقوبة لا يقتصر على الشروع، بل إن تأثيرها – عند من يقولون بأثرها المعفى من العقاب – يمتد كذلك إلى الجريمة التامة. ويمكن أن تكيف التوبة بأنها "مانع عقاب" أو أنها "سبب لانقضاء العقوبة": فإذا وصفت بذلك، فى الشروع، فلا يوقع الحد ولا يجب القصاص، تطبيقاً لحديث رسول الله ﷺ "من بلغ الحد فى غير حد فقد ظلم" أى أنه إذا لم تكن الجريمة بلغت مرحلة جريمة الحد، وهى بالضرورة جريمة تامة، فإنه لا يجوز أن توقع عقوبة الحد، إذ يعنى ذلك توقيع عقوبة فى غير الموضع المقررة فيه. ولما كانت عقوبة الشروع باعتبار تكييفه بأنه معصية، وكانت المعصية تستوجب التعزير، فإن المختص بتقرير هذه العقوبة هو "ولى الأمر"، سواء كان القاضى الذى ينظر فى الواقعة أو كان الشارع الوضعى فى المجتمع الإسلامى.

وإذا كان بصدد شروع فى جريمة تعزيرية، فإن تحديد عقوبته هو كالشأن فى كل جريمة تعزيرية من شأن "ولى الأمر" على ما تقدم .

---

(1) سورة المائدة ، الأيتين ٣٣ ـ ٣٤.

(2) ابن ماجه ، كتاب الزهد ، باب ذكر التوبة، حديث رقم ٤٢٥٠.

والشروع فى جميع الجرائم معاقب عليه شروعاً، ولا وجود لجرائم تستثنى مبدأ العقاب على الشروع فيها، على نحو ما تقرره التشريعات الوضعية الحديثة، ذلك أنه توافرت للشروع أركان المعصية فكان العقاب عليه متعيناً، فالأصل أن كل معصية تستوجب تعزيراً. وعناصر المعصية فى كل شروع أن الفعل الذى وقع ينطوى على خطر يهدد حقاً أو مصلحة المجتمع، وأن إرادة الجانى التى صدر عنها هذا الفعل تنطوى كذلك على خطر، ولا يجوز أن يترك هذا الخطر فى صورتيه دون عقوبة، أما التوبة فهى ليست من الأحكام الخاصة بالشروع، وإنما لها تأثير عام يمتد إلى جميع الحالات التى يقرر لها الشارع عقوبة، سواء كانت شروعاً فى جريمة أو جريمة تامة.

ونرى بناء على ذلك أن الموضع الصحيح لدراسة "نظرية التوبة" هو الموضع الخاص "بنظرية العقوبة" وما يعرض لها من أسباب تقتضى امتناع توقيعها.

أما إذا كان العدول الاختيارى لأسباب غير التوبة كالإشفاق على المجنى عليه أو خشية التعرض للقبض والمحاكمة والعقاب، فإنه لا يحول دون توقيع العقاب على الجانى، فالفرض أن الفعل الذى أتاه، وتمثل فى البدء ى التنفيذ هو "معصية" بالنظر إلى تهديده بالخطر المصلحة التى يحميها الشارع، وصدوره عن إرادة وتعبيره عن شخصيته خطرة على المجتمع.

<u>عقوبة الشروع :</u>

الشروع فى ذاته معصية، والشأن فى كل معصية أنه توقع من أجلها عقوبة تعزيرية، فإذا كان الشروع فى جريمة ذات حد كالسرقة أو مقرر لها القصاص كالقتل، ووقف نشاط الجانى عند مرحلة الشروع فلا يوقع عليه الحد أو القصاص، ذلك أن العقوبات المقدرة هى مقررة للجرائم التامة، أما إذا بقيت الجريمة فى مرحلة الشروع فتوقع من أجلها عقوبة تعزيرية لحماية المجتمع من ذلك الخطر.

المطلب الثانى
الشروع فى الجريمة وعلاقته بجرائم الامتناع

من البديهى أن الشروع لا يثور فى جرائم الامتناع المجردة - مثلما هو الحال فى القوانين الوضعية - فالتارك للصلاة والممتنع عن الزكاة تحقق منه الفعل بمجرد الإقدام عليه، ولا يشترط تحقق نتيجته من عدمه، بينما الشروع متصور فى جرائم الامتناع ذى النتيجة، وعلى سبيل المثال الذى يمتنع عن إنقاذ شخص من الهلاك وتحقق فى حقه إلزام أو واجب الإنقاذ وامتنع عن ذلك، وجاء آخر فأنقذ الشخص من الهلاك، فهنا يكون قد شرع فى تحقيق نتيجة آثمة ومحظورة شرعاً بالهلاك ، إلا أن ظنه خاب لسبب لا دخل لإرادته فيه وتم إنقاذ هذا الشخص من الهلاك بفعل من آخر ، فهنا يستحق التعزير ولا يستحق عقوبة الحد أو القصاص .

ولعل أبرز مثال لذلك هو حادث غرق العبارة السلام ٩٨ فى البحر الأحمر فى فبراير ٢٠٠٦ - وسوف نتناول هذا الحادث بالتفصيل عند بيان أركان جريمة الامتناع عن المساعدة البحرية - ، وذلك عندما امتنع ربان السفينة سانت كاترين عن إنقاذ ركاب السفينة الغرقى مخالفاً نص المادة ١/٣٠٤ من قانون التجارة البحرى لإنقاذ الغرقى ولو كانوا من الأعداء ، وكذا امتناع مالك الشركة المالكة للسفينة الغارقة عن اتخاذ ما يلزم من إجراءات كفلتها معاهدة سولاس ١٩٧٤ وتعديلها فى ٢٠٠١ لإنقاذ وإغاثة الغرقى .

وتأسيساً على ما سبق فإن جميع المتهمين عليهم القود قصاصاً للذين ماتوا غرقى ويستحقون عقوبة تعزيرية على من تم انتشالهم وإغاثتهم قبل الغرق بمعرفة الغير الذى تدخل لإنقاذهم قبل إزهاق روحهم .

وغنى عن البيان أن عقوبة الشروع تختلف عن عقوبة الجريمة التامة فى الشريعة الإسلامية - مثلما هو الحال فى القوانين الوضعية- استناداً لقول النبى ﷺ (من بلغ حداً فى غير حد فهو من المعتدين)[1] .

---

(1) صحيح البخارى ، ١٧٣٦٢، فهرس السنن البيهقى.

الفصل الخامس
الدفاع الشرعى وجرائم الامتناع

المبحث الأول
الدفاع الشرعى وجرائم الامتناع فى القانون الوضعى

تمهيد :

يقصد بالدفاع الشرعى استخدام القوة اللازمة لمواجهة خطر اعتداء غير مشروع يهدد بضرر يصيب حقاً يحميه القانون[1] .

فالمشرع هنا قدر أن المعتدى وقد صدرت منه أفعال إجرامية تمثلت فى خطر الاعتداء على حق يحميه القانون فمنح المعتدى عليه حق الدفاع والتصدى لهذا الخطر باستخدام القوة اللازمة حتى لا يتحقق هذا الضرر، دون أن يلزمه انتظار تدخل السلطات العامة أو اللجوء إليها لحمايته وذلك وفقاً لضرورة الحال[2].

والدفاع الشرعى ليس حقاً بقدر ما هو رخصة، لأن الحق يكون قائماً فى مواجهة شخص معين ، بينما لا يكون للإنسان أن يتكهن مقدماً بالشخص الذى سيعتدى عليه ، حتى يقال إن له فى مواجهة ذلك الشخص حقاً يبيح له الإضرار فى سبيل درء الاعتداء.

ويفترض الدفاع الشرعى سلوكاً يسمى اعتداء، وهو الذى يهدد أو المعتدى، وسلوكاً يقابله يسمى دفاعاً والأصل فى الدفاع أن يكون فعلاً إيجابياً ولكنه قد يكون دفاعاً سلبياً بحتاً، كأن يتلقى المعتدى عليه الضربات على درع يحتمى به فيؤدى ذلك إلى تحطيم الأداة المستعملة فى الضرب[3].

باستعراض ما سبق نستنتج أن مشكلة الدفاع الشرعى فى جرائم الامتناع ذات أهمية بالغة، خاصة أن الصفة لم يقف عليها بوضوح ، ويوجد اتجاهان مختلفان أحدهما ينكر تحقق الامتناع فى الدفاع الشرعى، والثانى يرى إمكانية تحقق الدفاع الشرعى فى جرائم الامتناع.

المطلب الأول
الاتجاه المنكر للامتناع فى الدفاع الشرعى

أصحاب هذا الاتجاه اشترطوا أن يكون الاعتداء إيجابياً من أفعال إيجابية لا من أفعال سلبية ، ومن ثم الفعل السلبى لا ينعقد له حالة الدفاع الشرعى، حيث لا ينشأ الحق فى الدفاع الشرعى إلا إذا وجد اعتداء أو خطر اعتداء بفعل قصد جريمة، ومن ثم يتطلب الاعتداء مظاهر مادية لا تأتى إلا بفعل إيجابى.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها " يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون قد وقع فعل إيجابى يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التى يجوز فيها الدفاع الشرعى، سواء وقع الاعتداء بالفعل أو بدر من المجنى عليه بادرة اعتداء تجعل المتهم يعتقد لأسباب معقولة وجود خطر حال على نفسه أو ماله .

فإذا كان الثابت بالحكم أن المتهم قد بادر إلى إطلاق النار على المجنى عليه إذ رآه يمر أمام حقله ليلاً ولم يصل صوته إلى سمعه عندما ناداه مستفسراً عن شخصيته ، وكان المجنى عليه وقت إصابته فى حقله هو بعيد عن زراعه المتهم ،

---

(1) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، ص ٣٠٩.
(2) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق، ص ٩٥ – ٢٨٩.
(3) د. محمود نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات ، القسم العام والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازى ، دار النهضة العربية فقرة ٢١٢ ص ٢٠٠.

ودون أن يكون قد صدر من المجنى عليه أو من غيره أى فعل مستوجب الدفاع، فلا يسوغ القول بأن المتهم كان وقتئذ فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله[1].

وقضى بحكم آخر بأنه إذا كان المتهم قد بادر إلى إطلاق النار على المجنى عليه إذ رآه بين الأشجار دون أن يكون قد صدر منه أو من غيره أى فعل مستوجب للدفاع، فلا يصح القول بأن هذا المتهم كان وقتئذ فى حالة دفاع شرعى عن النفس أو المال. ومع انتفاء حالة الدفاع الشرعى لا يصح اعتبار المتهم متجاوزاً حق الدفاع، إذ لا يصح القول بتجاوز الحق إلا مع قيام الحق[2].

فمحكمة النقض اشترطت القول لقيام حالة الدفاع الشرعى وقوع فعل إيجابى من المعتدى .

وعكس ذلك ظهر اتجاه يقول بصلاحية الامتناع فى الدفاع الشرعى .

المطلب الثانى
صلاحية الامتناع فى الدفاع الشرعى

أصحاب هذا الرأى يرون أن الاعتداء قد يقع بامتناع مثلما يقع بفعل إيجابى، ومثال ذلك امتناع الأم عن إرضاع طفلها وكذا صاحب الكلب الذى يمتنع عن توثيقه لإيصال الإيذاء إلى آخرين ، وسائق القطار الذى يمتنع عن إيقاف القطار لاصطدامه بآخر [3].

فالاعتداء واقع لا محالة سواء من فعل إيجابى أو سلبى. والمفروض حماية الحقوق التى يحميها القانون بصفة عامة وبصفة خاصة فى مجال التعدى على النفس أو المال التى ينعقد بها حالة الدفاع الشرعى .

وتطبيقاً لذلك ينعقد الدفاع لرد هذا الاعتداء طالما أن الامتناع ينشئ عدواناً يستوجب الدفاع .

والواقع العملى ينطق بذلك ، ومثال ذلك من يمتنع عن إصلاح سيارة إسعاف أو مطافئ بقصد إعاقتها عن الوصول لمكان الحادث، فيمكن إرغامه على القيام بعمله إن لم يكن هناك غيره فى تلك اللحظة ولو بالقوة المادية . أو سائق التاكسى الذى يمتنع عن نقل شخص جريح فى حالة خطره ، أو الممرضة التى تمتنع عن إعطاء الدواء للمريض فى اللحظات الحرجة ، أو السجان الذى يمتنع عن تقديم الطعام للمساجين، فيمكن إجبارهم جميعاً[4].

المطلب الثالث
رأينا فى هذه المشكلة

الاعتداء على حق من الحقوق التى يحميها القانون يقع بفعل إيجابى أو بفعل سلبى حسبما ورد فى الأمثلة السابقة ، والدفاع الشرعى جوهره رد الاعتداء بالقدر اللازم دون أن يلتزم المدافع بانتظار تدخل السلطات العامة أو اللجوء إليها لحمايته، وهذا ما دفع البعض إلى القول إنه ليس حقاً بقدر ما هو رخصة، ومن ثم فالمتفق عليه أن يتم درء هذا الخطر بالقدر اللازم لمنع وقوعه وهذا متصور فى الفعل الإيجابى وكذا فى الرد الإيجابى .

وطالما اتفقنا – كمبدأ عام- على أن الدفاع من الحقوق التى يحميها القانون بكافة القواعد القانونية، ومنها بطبيعة الحال الدفاع الشرعى .

فإننا يمكننا القول بإمكانية تصور الدفاع فى حالة الامتناع، أو الدفاع بالامتناع إن صح التعبير، وهذا معناه وجود

---

(1) نقض ٥ يناير سنة ١٩٩٦٠ مجموعة أحكام النقض س ١١ رقم ٣ ص ١٧.
(2) نقض ٨ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٢٣٤ ص ٢١٣.
(3) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٢١٧ وهامش ٦.
(4) د. رفعت الشاذلى: المرجع السابق، ص ٤٨٣.

صورة أخرى للدفاع الشرعى وذلك على النحو التالى :

الدفاع بالامتناع :

الدفاع يمكن أن يأخذ صورة أخرى فى إطار الدفاع الشرعى وهى صورة الدفاع ضد الخطر فالدفاع يمكن أن يتم بسلوك سلبى أى بامتناع[1].

وأوضح مثال لذلك ما نص عليه المشرع فى المادة ٢٤٦ من القانون المدنى ، التى تبيح للطاعن الامتناع عن رد الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له من جراء إصلاحه، وهو ما من شأنه - إن صح وحسنت نيته - انعدام مسئوليته الجنائية بالتطبيق لأحكام المادة ٦٠ من قانون العقوبات، وهذا الحكم يقرر فى صراحة تامة أن الدفاع يمكن أن يتحقق بامتناع، ويستفاد منه كذلك أن جريمة خيانة الأمانة يمكن أن تقع بامتناع[2].

ومثال آخر : الشخص الذى يشاهد لصوصاً يسطون على منزله من خلف النافذة ، فيمتنع عن ربط كلاب الحراسة والتى طاردت اللصوص حتى الفرار أو ضبطهم ، فهذا فى نظرنا يحقق الدفاع الشرعى بامتناع من صاحب المنزل عن ربط كلاب الحراسة، فهذا حقه المشروع استعمله ضد اعتداء غير مشروع دفع على مسكنه .

خلاصة القول :

ليس هناك ما يمنع من أن يكون الاعتداء فى الدفاع الشرعى عن طريق الامتناع، ويمكن تحقيق الدفاع بطريق الامتناع أيضاً، وكلاهما صالح فى الاعتداء ورد الاعتداء، ولا يوجد فى القانون ما يمنع من ذلك متى توافر شرطا الدفاع الشرعى، وهما اللزوم والتناسب ، وفضلاً عن ذلك ما دام توافر للامتناع العلاقة السببية لإحداث الاعتداء انعقد له الدفاع الشرعى أيضاً فى حدوده طبقاً للقواعد العامة فى هذا الشأن.

المبحث الثانى
الدفاع الشرعى وجرائم الامتناع فى الشريعة الإسلامية

تمهيد:

لم يعط الفقه الإسلامى الدفاع الشرعى حكماً واحداً وإنما جعل له من المرونة ما يناسب موضوع الاعتداء (محل الاعتداء) وظروف وملابسات وقوع العدوان، فيميز فى حكم الدفاع الشرعى عن النفس والدفاع عن العرض وعن المال وكذلك أيضاً عن نفس وعرض ومال الغير .

وهذا ما جعل الفقهاء[3] يقسمون الدفاع الشرعى إلى نوعين: أحدهما خاص والآخر عام، وسوف نعرض ذلك بإيجاز ثم نوضح أحكام الدفاع الشرعى بنوعيها وكيف يمكن تحقيقه بالامتناع .

المطلب الأول : الدفاع الشرعى وأنواعه .

الفرع الأول : الدفاع الشرعى الخاص .

الفرع الثانى : الدفاع الشرعى العام .

المطلب الثانى : الدفاع الشرعى بالامتناع .

---

(1) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٢١٨ .
(2) د. إبراهيم عطا شعبان: المرجع السابق، ص ٢١٩ .
(3) أ. عبد القادر عودة : المرجع السابق ص ٤٧٢

المطلب الأول
الدفاع الشرعى (دفع الصائل) وأنواعه

الفرع الأول
دفع الصائل

يطلق الفقهاء على الدفاع الشرعى الخاص مصطلح (دفع الصائل) والمقصود به واجب الإنسان فى حماية نفسه أو نفس غيره، وكذا حقه فى ماله ومال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع، بالقوة اللازمة لرد هذا العدوان[1].

وقد عرفه البعض بأنه استعمال المصول عليه القوة اللازمة والمناسبة لصد خطر حال يهدد النفس أو المال، سواء هدد هذا الخطر حق المصول عليه أو حق شخص آخر[2] .

يتضح من هذا التعريف أن دفع الصائل يفترض فعلاً يهدد بالخطر حقاً، ويفترض بعد ذلك فعلاً آخر يواجه ذلك الخطر لدفعه وحماية الحق من الإهدار . وتتطلب الشريعة فى الفعلين شروطاً، فإذا انتفت كلها أو بعضها لم يكن لدفع الصائل وجود .

<u>السند الشرعى لدفع الصائل</u> :

أولاً: قول الله تعالى ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾[3]، وهذه الآية تشير إلى الاعتداء الفعلى وتقرير العقاب على الاعتداء بمثله. وكذا تشير إلى الاعتداء المحتمل وهو ما يقوم به دفع الصائل وتقرر استعمال وسيلة مماثلة لدرء هذا الخطر. والحديث الذى رواه عبد الله بن عمر من قول رسول ﷺ " من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد"[4].

ثانياً: قال الرسول (ﷺ) فى شأن شخص عض يد آخر فانتزع المجنى عليه يده من فم المعتدى فسقطت أسنانه (ثنيته) فأهدر الرسول إصابته أى لم يقرر لسقوط الأسنان عقاباً ولا دية فقال (ﷺ) " أفيدع يده فى فمك تقضمها قضم الفحل؟". والمعنى أنه أباح إسقاط الثنيه باعتبارها دفعاً للصائل[5] .

ثالثاً: قول الرسول (ﷺ) "من مات دون دينه فهو شهيد، ومن مات دون عرضه فهو شهيد، ومن مات دون ماله فهو شهيد " وبذات المعنى قوله (ﷺ) "من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد". وأيضاً قوله ﷺ " لو أن امرءا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه، لم يكن عليك جناح"[6]. فهذه النصوص أوجبت للمصول عليه أى للمعتدى عليه دفع الصائل (دفع الاعتداء) باستخدام القدر اللازم لصد الخطر.

وقد اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب على المدافع فى حالة الاعتداء على العرض، وإن اختلفوا فى الدفاع الشرعى عن النفس، فظاهر مذهب أبى حنيفة يتفق مع الرأى الغالب فى مذهب مالك والشافعى على أن دفع الصائل على النفس واجب .

بينما الرأى الراجح يرى أن دفع هذا الصائل جائز وليس واجباً، أما الدفاع عن المال، فأغلب الفقهاء يرونه جائزاً لا واجباً، ولكن بعض الفقهاء يرون أن الدفاع عن المال واجب.

يستفاد من ذلك أن الدفاع الشرعى الخاص –دفع الصائل- يُكيف فى الشريعة على أنه واجب فى أكثر الحالات ، حق

---

(1) أ. عبد القادر عودة : المرجع السابق ص ٤٧١.
(2) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق، ص ٢٤٥.
(3) سورة البقرة ، الآية ١٩٤ .
(4) صحيح البخارى ، ٤٧٧١، فهرس أبو داود ، باب قتال اللصوص .
(5) أ. عبد القادر عوده : المرجع السابق، ص ٤٧٥.
(6) البخارى ، ٦٥٠٦، كتاب الديات .

في بعضها، بينما يكيف في القوانين الوضعية على أنه حق إن لم يكن واجبا .

** شروط دفع الصائل :

لتحقق الدفاع الشرعي الخاص يجب توافر شروط هي :

أولاً: أن يكون هناك اعتداء :

سيترتب على ذلك أن كل عمل أوجبته الشريعة أو أجازته لا يعتبر اعتداء ، إذا ما باشره صاحبه كالحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم

ويجب أن يكون الفعل الواقع على المصول عليه اعتداء، فإن لم يكن كذلك لم يجز دفعه، فمثلاً الأب الذي يؤدب ولده أو زوجته، ومستوفي القصاص حين يقتص من القاتل أو السارق، إنما هو يستعمل لحق أو أداء لواجب .

وليس للاعتداء حد مقرر، فقد يكون شديداً أو بسيطاً، وبساطة الاعتداء لا تمنع من الدفاع، ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه.

وليس من الضروري -كما يرى مالك والشافعي وأحمد[1]- أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها، بل يكفي كونه عملاً غير مشروع . فيصح أن يكون الصائل فاقداً الأهلية كالمجنون أو الصبي، وأبو حنيفة يشترط كون الاعتداء مُجرماً والصائل مسئولاً جنائياً، وإلا كان الدفع قائماً على حالة الضرورة، ورأى أبو يوسف يشترط كون الفعل جريمة وهو يتفق مع نص القانون المصري.

والفعل يعتبر اعتداء سواء كان مصدره إنساناً أو حيواناً، كما ليس للصائل أن يرد دفاع المصول عليه ، ثم يحتج بأنه كان في حالة دفاع عن نفسه، لأنه هو الذي اعتدى فأصبح باعتدائه (الصائل) عرضة لدفاع المصول عليه .

وإذا زادت أعمال الدفاع عن الحد اللازم اعتبر الزائد عدواناً، ومن ثم يحق للصائل دفعه، ويقاد المصول عليه بما زاد عن حاجة الدفاع ويؤخذ بجريرته. ولا يشترط وقوع العدوان فعلاً، بل للمصول عليه المبادرة لدفع الصائل . ويجب أن يكون هذا الاعتقاد له ما يبرره، فلا يُبنى على الوهم والظن الضعيف، كما ينبغي التأثير على أن الدفاع ينعقد من بداية الاعتداء حتى نهايته[2] .

ثانياً: كون الاعتداء حالاً :

الدفاع لا يتحقق إلا بانعقاد الاعتداء الحال أو الظن في حلوله مع وجود ما يؤكد ذلك ، ومن ثم فيخرج الاعتداء المؤجل كالتهديد مثلاً. فالالتجاء للسلطات العمومية كاف لحماية المصول عليه من التهديد إذا كان هذا في الوقت المناسب، وإذا كان العكس فيبقى الحق في دفع الصائل قائماً .

ثالثاً: انعدام دفع الاعتداء بطريق آخر :

كالاحتماء بالسلطات العامة أو الاستغاثة ، وإذا استطاع المصول عليه منع نفسه أو غيره دون استعمال العنف فليفعل ، فإن انعدمت تلك الوسائل تحقق الشرط، وهذا كله متروك لتقدير قاضي الموضوع.

وقد اختلف الفقهاء عن الهرب إذا كان في استطاعة المهدد بالخطر الهرب ، إلى ثلاثة آراء[3] :

الأول : وجوب هروب المصول عليه إذا كان من شأنه تفادي الخطر، وحجتهم في ذلك الالتجاء إلى أيسر السبل لدفع الصائل وهذا يتصور في الهرب .

الثاني : عدم الالتزام بالهرب لأنه صاحب حق في درء الخطر الواقع عليه، والمقرر حينئذ عدم إلزام صاحب الحق بالنزول

---

(1) أ. عبد القادر عودة: المرجع السابق، ص ٤٧٩-٤٨٠ .

(2) أ. عبد القادر عودة: المرجع السابق، ص ٤٨١ وهامش رقم ١.

(3) د. محمود نجيب حسني: الفقه الجنائي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٧ ، ص ٢٥٨.

عن حقه .

الثالث : توسط بين الرأيين ، فميز بين الهروب المشين وغير المشين . ففى الأول فلا إلزام بالهرب وإنما عليه صد الخطر الذى يهدده بالقوة اللازمة، ولدلالة الهرب على الجبن حسب ما استقر عليه ذلك فى عرف الناس. وفى الحالة الثانية إذا كان الهرب غير مشين ، تعين على المصول عليه الهرب، ولم يعد العنف لازماً كما فى حالة الاعتداء من مجنون أو صبى، وهذا الرأى الأخير فى تقريرنا هو الأصوب لما يتوافق مع طبيعة وعرف الناس والاعتماد على ظروف وملابسات الاعتداء حينئذ.

رابعاً: دفع الاعتداء بالقوة اللازمة :

فإن زاد من ذلك فهو اعتداء لا دفاع، لأن المصول عليه مقيد دائماً بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به، فإذا دخل رجل منزلاً بغير إذن صاحبه فلصاحب المنزل أن يطرده لا أن يضربه، فإن لم يخرج ضربه بأسهل ما يعلم انه يندفع به، ولا يضربه بالحديد لأن الحديد قاتل فى غالبه. فالتناسب بين الاعتداء ودفعه هام جداً حتى لا يتحول دفع الصائل إلى اعتداء، ومعيار التناسب هو المجرى العادى للأمور وحسب ما يقتضيه الحال ويستخلصه قاضى الموضوع .

نستخلص مما سبق أن شروط الدفاع فى الشريعة هى نفس الشروط فى القوانين الوضعية الحديثة، والحكم واحد، فإن الفعل مباح واستعمالاً لحق فى القوانين الوضعية والواجب فى الشريعة الإسلامية، ولا يرتب مسئولية جنائية أو مدنية على الدافع إلا فى حالة أن يجاوز بها الدفاع إلى الاعتداء .

الفرع الثانى

الدفاع الشرعى العام "الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر "

وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً "الحسبة" ، وهى أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله ، وهذا الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هو القطب الأعظم فى الدين، ولو طوى بساطه وأهمل عمله وعلمه لتعطلت النبوة، واضمحلت الديانة وشاعت الجهالة وانتشر الفساد واتسع الخرق، وضربت البلاد وهلك العباد وإن لم يشعروا بالإهلاك إلى يوم اللقاء[1] .

الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هو سبب إباحه. فإذا ما توافرت شروط الإباحة، فلا مسئولية ولا عقوبة على من صدر عنه ذلك القول أو الفعل - الذى قد يكون فى الأصل جريمة - كما فى حالة إراقة الخمر الذى يتعاطاه شخص ما أو إتلاف أدوات القمار .

وقد اقترح الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى على التقسيم الذى أحدثه بعض الفقهاء المحدثين من تسمية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر بتعبير الدفاع الشرعى العام، وتسمية دفع الصائل بالدفاع الشرعى الخاص، بإجراء تعديل على التعريف السابق للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر مؤداه أن يستفيد من الإباحة مواطن الدولة الإسلامية من أهل الذمة وسنده فى ذلك أن الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق على جميع المقيمين فى إقليم الدولة الإسلامية[2] .

ومصادر هذا الدفاع الشرعى العام كثيرة نذكر منها على سبيل المثال قوله الله تعالى ﴿ وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾[3]. وحديث النبى ﷺ " لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم ".

---

(1) د. رمضان الشرنباصى: المرجع السابق، ص ١٢٧.
(2) د محمود نجيب حسنى: المرجع السابق، ص ٢٦٦ .
(3) سورة آل عمران، الآية ١٠٤.

من له الحق في الامر بالمعروف والنهي عن المنكر :

هى اشتراك العامة من المواطنين مع السلطات فى نشر المعروف وسيادته ودعم التعاليم الإسلامية فى جانبها التشريعى ورذائل وتطهير المجتمع الإسلامى من الخبث والأضرار، وكذا الحال مشاركة السلطات فى حماية النظام العام بمفهومه الشامل وهذا أعلى صورة من صور الديمقراطية .

والمعروف هو كل قول أو فعل ينبغى فعله طبقاً لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وروحها ، والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة سواء وقعت من مكلف أو غيره ، والبعض[1] مال كل محذور الوقوع فى الشرع لأن المنكر أعم من المعصية .

وهذا الواجب (الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر) له وجهان :

الأول : واجب عينى : وهو ما طلبه الشارع من كل فرد على حده ، ولا يحث القيام به لآخر، مثل الصلاة والصيام والحج.

الثانى : واجب كفائى: بحيث إذا قام به بعض المكلفين سقط عن الآخرين، ويشترط فى هؤلاء المكلفين عدة شروط منها التكليف والإيمان والقدرة على ذلك والعدالة وإذن ولى الأمر أو الحاكم فى ذلك .

** شروط تحقق حالة الدفاع الشرعي:

أولاً: وجود منكر : وأن يكون معلوماً لا حاجة لاجتهاد، ويستوى فى فاعله مكلف مثل من يتعاطى الخمور والمخدرات ولعب الميسر بالطريق العام، أو غير مكلف كالصبى أو المجنون الذى يشرب خمراً أو كشف عورة لمخبول فى الطريق العام.

ثانياً: أن يكون موجوداً فى الحال : لا متوقع الحصول، بمعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشراً لها . كمن يشهر سلاحاً، فى وجه شخص آخر ، ومن يصطحب امرأة إلى مكان مشبوه .

ثالثاً : أن يكون ظاهراً دون تحسيس أو تفتيش : فلا ينبغى تحسس المنكر بالتلصص أو التحسس، بل ذلك من المحرمات لا ينبغى إتيانها . ويمكن معاينة المنكر بإحدى الحواس مثل العين التى تقع لأول مرة على منكر يخدش الحياء بالطريق العام، أو بالسمع كصوت الاستغاثة الصادر من مكان يستدل منه على وجود واقعة اغتصاب، أو عن طريق الشم لرائحة المخدرات فى إحدى المقاهى .

ويروى فى هذا الصدد أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه تسلق دار رجل فوجده يرتكب معصية فأنكر عليه الرجل ذلك وقال يا أمير المؤمنين أنا عصيت الله فى واحدة وأنت عصيت الله فى ثلاث الأولى قال الله تعالى ﴿ولا تجسسوا﴾ وقد تجسست والثانية قال الله تعالى "وأتوا البيوت من أبوابها" وقد تسورت الجدار، والثالثة قال الله تعالى ﴿ولا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها﴾ وأنت دخلت بدون استئذان ، فخلى سبيله أمير المؤمنين بعدما شرط عليه التوبة، وذلك راجع لبطلان الإجراءات فى القبض والتفتيش أو عدم توافر الشرعية الإجرائية .

رابعاً: دفع المنكر بأيسر ما يندفع به :

أى بالطرق المعتادة وبأيسر السبل، فلا يجوز دفع المنكر بأكثر مما يستحق، ما دام الدافع على دفع المنكر قادراً على دفعه بالأقل . وهذا يظهر من ظروف وملابسات الواقعة . فإذا كان دفع المنكر باللسان يكفى فلا داعى للتجاوز باستخدام اليد، وإذا كان المطلوب استخدام اليد فيكفى الضرب اليسير، وبمعنى آخر وجوب اقتصار العنف على الضرر الكافى واللازم لدفع المنكر[2] . لأن ما زاد عن الحاجة الضرورية يعتبر جريمة[3].

---

(1) إحياء علوم الدين للإمام الغزالى المجلد الثانى جـ٧ ص ٣٥ .

(2) د. محمود نجيب حسنى: المرجع السابق ، ص ٢٧٧.

(3) د. رمضان الشرنباصى: المرجع السابق ، ص ١٤٥.

الفرق بين الدفاع الشرعي العام والخاص :

يفرقون بينهما من ناحية الموضوع ، فموضوع الدفاع الشرعى الخاص هو كل اعتداء أو هجوم يمس سلامة الإنسان أو ماله أو عرضه، والعام هو ما عدا ذلك مما يمس حقوق الجماعة وأمنها ونظامها ويسمى هذا النوع من الدفاع الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر[1].

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في التشريع الجنائي الوضعي :

لم يعرف المشرع الجنائى مثل هذا النص العام الذى قرره المصطفى ﷺ "من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه وإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان". ويستخلص من ذلك أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ليس سبباً عاماً للإباحة فى القانون الوضعى، وسبب ذلك تلك النزعة الفردية النفعية للقانون الوضعى التى تقصر حقوق المواطنين والتزامهم على القدر الأدنى اللازم لاحتفاظ المجتمع بكيانه، مقابل النزعة الأخلاقية المثالية التى تتصف بها الشريعة لتشمل حقوق المواطنين والتزاماتهم ودعم القيم الأخلاقية وتوطيد التضامن الاجتماعى بين مواطنى الدولة الإسلامية . ولكن يمكن القول أن المشرع الوضعى أخذ قدراً من تلك المثالية التى تتمتع بها الشريعة الإسلامية، فعلى سبيل المثال قرر فى مجال الدفع باللسان (القول) بأن اعترف للمواطن بحق الإبلاغ عن الجرائم م ٢٥ ق.أ.ح وإلزام الموظف العام بذلك م ٢٦ ق.أ.ح، ومن حيث الدفع باليد أجاز للمواطن العادى ضبط الشخص المتلبس بجناية أو جنحة يجوز فيها الحبس الاحتياطى واقتياده إلى أقرب رجل من السلطة العامة م ٢٧ ق.أ.ح (قانون الإجراءات الجنائية).

المطلب الثانى
الدفاع الشرعى بالامتناع فى الشريعة الإسلامية

نود التنوية بأن المشرع لم يحدد أفعالاً معينة فى رد الاعتداء، وأغلب الأحوال أن يكون رد الاعتداء بأفعال إيجابية ، فهل يمكن تصور قيام الدفاع الشرعى بالامتناع فى الشريعة .

ولطالما استقر بنا الأمر أن الاعتداء يمكن أن يقع بالأفعال الإيجابية والأفعال السلبية لأن الترك كالفعل ، فكذا الحال يمكن قيام الامتناع بدلاً من الإيجاب فى الدفاع الشرعى لدرء الاعتداء .

أولاً: فى حالة الدفاع الشرعى الخاص :

ومثال ذلك شخص شاهد بعض اللصوص يتسلقون منزله لسرقته وهو أعزل من السلاح وتحت السور كلاب حراسة فيمتنع عن حبس الكلاب لدرء هذا الاعتداء عن ماله وسكنه .

ودليلنا فى ذلك قول الله تعالى ﴿فَذَٰلِكُنَّ الَّذِي لُمْتُنَّنِي فِيهِ وَلَقَدْ رَاوَدتُّهُ عَن نَّفْسِهِ فَاسْتَعْصَمَ وَلَئِن لَّمْ يَفْعَلْ مَا آمُرُهُ لَيُسْجَنَنَّ وَلَيَكُونًا مِّنَ الصَّاغِرِينَ﴾[2] .

وجه الدلالة :

دلت هذه الآية على أن يوسف (عليه السلام) قد امتنع متمسكاً بعفته وطهارته[3] عن ارتكاب المعصية ، بما يستفاد منه معنى عام هو جواز الدفاع الشرعى الخاص عن طريق الامتناع طالما كان فى هذا الامتناع درءً لخطر أو عدوان يستهدف العرض أو المال.

---

(1) أ. عبد القادر عودة : المرجع السابق ص ٥١١.
(2) سورة يوسف ، الآية ٣٢ .
(3) أيسر التفاسير ، أبو بكر الجزائرى ، المجلد الثانى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص٦٠٨.

ثانيا: فى حالة الدفاع الشرعى العام :

أ- فى حالة دفع المنكر القولى :

وهذا ما انتشر هذه الأيام عن طريق الفضائيات الإباحية وهى فتنة العصر ، فيكون ذلك بالإعراض عن هذا المنكر وسندنا فى ذلك قول الله تعالى ﴿وَإِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ فِي آيَاتِنَا فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ حَتَّى يَخُوضُوا فِي حَدِيثٍ غَيْرِهِ وَإِمَّا يُنسِيَنَّكَ الشَّيْطَانُ فَلاَ تَقْعُدْ بَعْدَ الذِّكْرَى مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ ﴾(1). وأيضاً قوله تعالى ﴿ وَقَدْ نَزَّلَ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ أَنْ إِذَا سَمِعْتُمْ آيَاتِ اللّهِ يُكَفَرُ بِهَا وَيُسْتَهْزَأُ بِهَا فَلاَ تَقْعُدُوا مَعَهُمْ حَتَّى يَخُوضُوا فِي حَدِيثٍ غَيْرِهِ إِنَّكُمْ إِذًا مِّثْلُهُمْ إِنَّ اللّهَ جَامِعُ الْمُنَافِقِينَ وَالْكَافِرِينَ فِي جَهَنَّمَ جَمِيعًا ﴾(2) ، فالنصوص صريحة فى أن الامتناع والترك وسيلة دفاع ضد هذا المنكر(3).

ب- فى حالة دفع المنكر الفعلى :

ما جاء فى قول الله تعالى فى سورة طه على لسان سيدنا موسى لأخيه سيدنا هارون ﴿ قَالَ يَا هَارُونُ مَا مَنَعَكَ إِذْ رَأَيْتَهُمْ ضَلُّوا * أَلَّا تَتَّبِعَنِ أَفَعَصَيْتَ أَمْرِي * قَالَ يَا ابْنَ أُمَّ لَا تَأْخُذْ بِلِحْيَتِي وَلَا بِرَأْسِي إِنِّي خَشِيتُ أَن تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَلَمْ تَرْقُبْ قَوْلِي﴾(4) .

جاء فى تفسير القرطبى(5) ما منعك فى الإنكار عليهم ... قيل أيضاً ما منعك من اللحوق بى لما فتنوا أفعصيتُ أمرى، يريد أن مقامك بينهم وقد عبدوا غير الله تعالى عصيان منك لى - قاله ابن عباس - فالمعنى فى هاتين الآيتين : أن هذا الامتناع من جانب سيدنا هارون سماه رسول الله موسى وشقيقه (عصياناً) استحق به اللوم والعقاب بأن أخذ بلحيته، وهذا اعتراف من الشرائع السابقة بأن الامتناع يستحق اللوم والعقاب لأنه عصيان لأمر الشارع.

ومن جانب آخر أصله فى الشريعة الإسلامية أيضاً فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

والذى يهمنا فى مقام بحثنا هو دفع المنكر القولى ، فهذا المنكر القولى من جانب بنى إسرائيل كان لابد من دفعه من جانب سيدنا هارون عن طريق الإنكار عليهم واتباع أمر نبى الله موسى، ولا يقف ممتنعاً عن ذلك، وقد يرد ذلك سيدنا هارون بأنه خشى الفرقة على بنى إسرائيل وعدم ترقب وصول شقيقه نبى الله موسى .

والنبى (ﷺ) قرر وسائل دفع المنكر الفعلى فى حديثه المشهور " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان"(6).

فالدفع أولاً بالإيجاب باليد وذلك من اختصاص الحكام أو باللسان وهو من اختصاص العلماء أو بالقلب وهذا من اختصاص العامة، والأخير فى نظرى هو الامتناع، أى أن إنكار المنكر يستوى على جميع الوجوه من يد إلى لسان - وهما وسيلتان إيجابيتان - لوسيلة سلبية وهى الامتناع.

فهذا الحديث سوّى بين الإيجاب والسلب فى دفع المنكر العام .

---

(1) سورة الأنعام : الآية ٦٨.

(2) سورة النساء ، الآية ١٤٠.

(3) النظرية العامة للامتناع ، د. رفعت الشاذلى ، الرسالة السابقة ، ص ٤٩٦.

(4) سورة طه ، الآيات ٩٢-٩٣-٩٤.

(5) الجامع لأحكام القرآن ، تفسير القرطبى ، لأبى عبد الله محمد ابن أحمد الأنصارى القرطبى ، تحقيق عماد زكى البارودى وخيرى سعيد ، المكتبة التوفيقية جـ١١ ، ص ٢٠٢.

(6) فهرس أبو داود ، كتاب الصلاة ، حديث رقم ١١٤٠.

الفصل السادس

الامتناع ومشكلة تعدد الجرائم

المبحث الأول

الامتناع وتعدد الجرائم فى القانون الوضعى

ماهية تعدد الجرائم :

يقصد بتعدد الجرائم ارتكاب نفس الشخص عدداً من الجرائم دون أن يفصل بينها حكم بات.

أنواع التعدد :

هناك نوعان لتعدد الجرائم: التعدد المادى والتعدد المعنوى، ونعرض لكل منهما تفصيلاً ثم يثور التساؤل عما إذا كان من المتصور أن تتعدد جرائم الامتناع تعدداً مادياً أو معنوياً، وعلى ذلك نتناول فى مطلب أول التعدد المادى للجرائم، وفى مطلب ثان التعدد المعنوى للجرائم، ثم أخيراً فى مطلب ثالث نعرض لمدى تعدد جرائم الامتناع.

المطلب الأول

التعدد المعنوى للجرائم

أولاً: ماهية التعدد المعنوى :

يقصد بالتعدد المعنوى للجرائم[1] تعدد الأوصاف الإجرامية للفعل الواحد أى ارتكاب الجانى لفعل إجرامى واحد ينطبق عليه أكثر من وصف قانوني كل وصف منها يقود إلى تطبيق نص تجريمي مختلف، فالتعدد المعنوى للجرائم يفترض تعدداً فى الأوصاف الإجرامية يقابله تعدد فى النصوص التجريمية ، بحيث يمكن القول أن كل وصف منها تقوم به جريمة على حدة[2].

ومن أمثلة التعدد المعنوى هتك عرض فى مكان عام، فتقوم بهذا الفعل جريمتا هتك العرض المعاقب عليها فى المادة ٢٦٨ من قانون العقوبات، والفعل الفاضح العلنى المعاقب عليها فى المادة ٢٧٨ من قانون العقوبات. ومن أمثلته كذلك إجراء غير طبيب عملية جراحية، إذ يكون الفعل جريمتا جرح ومزاولة مهنة الطب بدون ترخيص(3) ، وكذلك الشخص الذى يطلق رصاصة واحدة فتقتل شخصاً وتنفذ من جسده فتصيب آخر بجراح، إذ يكون هذا الفعل جريمتا القتل العمد وإحداث الجرح.

ثانياً: حكم التعدد المعنوى :

حددت المادة ١/٣٢ من قانون العقوبات حكم التعدد المعنوى حيث نصت على أنه "إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التى تكون عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها" .

مفاد ما تقدم أن المشرع عالج التعدد المعنوى كما لو كان جريمة واحدة ، فلم يعتبر من الأوصاف المتعددة غير وصف واحد، هو وصف الجريمة ذات العقوبة الأشد، وألزم القاضى بالحكم بعقوبة هذه الجريمة دون غيرها.

---

(1) ويطلق عليه أيضاً التعدد الصورى أو التعدد الحكمى للجرائم .
(2) د. محمود نجيب حسنى ، القسم العام ، ص ٨٨٠.
(3) نقض ٢٨ مايو ١٩٣١ مجموعة القواعد ، جـ٢ ، رقم ٢٦٦ ، ص ٣٣٠ ، نقض ١٨ مايو ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ، س٨ ، رقم ٧٦ ، ص ٢٦٥.

ويتم تحديد النص الذى يقرر العقوبة الأشد عن طريق المقارنة بين العقوبات الأصلية التى تقررها النصوص المختلفة التى تحدد الأوصاف المتعددة للفعل، حسب تدريجها فى سلم العقوبات، ثم تحديد أشد هذه العقوبات. فإذا اتحدت العقوبات المقررة للأوصاف المتعددة نوعاً ومقداراً، وجبت المقارنة بينها على أساس الحد الأقصى دون اعتداد بالحد الأدنى، فإذا كان الحد الأقصى واحداً، وجب الاعتداد بالحد الأدنى، وبصفة عامة يسترشد القاضى فى سبيل تحديد العقوبة الأشد بالضوابط التى يلجأ إليها لتحديد ما إذا كان القانون الجديد أسوأ أو اصلح للمتهم[1].

ويترتب على قاعدة تطبيق العقوبة الأشد فى حالة التعدد المعنوى النتائج التالية :

١- ينعقد الاختصاص بنظر الدعوى الجنائية أما المحكمة المختصة بنظر أشد أوصاف الفعل لأنها المحكمة التى تستطيع النطق بالعقوبة المقررة لهذا الوصف .

٢- ليس للقاضى أن يحكم فى الجرائم ذات الوصف الأخف، وليس له أن يقضى بعقوبات هذه الجرائم. ويترتب على ذلك ضرورة استبعاد النصوص التى تقرر العقوبات الأقل شدة، سواء فى ذلك العقوبات الأصلية أو التكميلية أو التدابير الاحترازية .

٣- بصدور الحكم بالإدانة أو بالبراءة فى شأن الفعل الواحد على أساس أحد أوصافه يكون منهياً للخصومة وحائلاً دون تحريك الدعوى الجنائية على أساس وصف آخر ولو كان أشد وذلك تطبيقاً لمبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن فعل واحد أكثر من مرة. وهذا ما نصت عليه المادة ٤٥٥ من قانون الإجراءات الجنائية بقولها "لا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم فيها نهائياً بناء على ظهور أدلة جديدة أو ظروف جديدة أو بناء على تغيير الوصف القانونى للجريمة". وقد قضت محكمة النقض فى ذلك بأن "حكم تعدد الجرائم الناتجة عن فعل واحد، هو اعتبار المتهم إنما قصد ارتكاب الجريمة الأشد عقوبة فقط دون الجريمة أو الجرائم الأخف، فلا تصح مؤاخذة المتهم إلا على جريمة واحدة هى الأشد عقوبة، وبصدور الحكم فى هذه الجريمة تنتهى المسئولية الجنائية عن ذلك الفعل هو وجميع نتائجه[2] .

٤- يطبق النص الذى يقرر الوصف والعقوبة الأشد بجميع ما تضمنه من أحكام، الأمر الذى يترتب عليه التزام القاضى بالنطق بكافة لعقوبات التى حددها هذا النص سواء كانت عقوبات أصلية أو تكميلية أو تدابير احترازية، ولا يؤثر ذلك على السلطة التقديرية للقاضى طبقاً للقواعد العامة. فالقاضى ليس ملزماً بالحكم بالحد الأقصى للعقوبة المقررة للوصف الأشد، بل يكون له أن يستعمل سلطته التقديرية طبقاً للقواعد العامة، ولو ترتب على استعماله لسلطته الحكم بالحد الأدنى لهذه العقوبة .

إن صدور حكم بإدانة المتهم عن الجريمة ذات العقوبة الأشد يترتب عليه انقضاء مسئوليته الجنائية عن الفعل بكافة أوصافه ونتائجه جميعاً، ولا يحول دون ذلك إعفاء المحكوم عليه من العقاب عن الجريمة الأشد، لقيام سبب للإعفاء منها إعمالاً لنص فى القانون. ففى هذه الحالة لا يجوز للمحكمة إذا أعفت المتهم من عقوبة الجريمة الأشد أن توقع عليه عقوبة عن الجريمة الأخرى ذات العقوبة الأخف[3] .

المطلب الثانى
التعدد المادى للجرائم

<u>أولاً : ماهيته :</u>

يقصد بالتعدد المادى للجرائم تعدد الأفعال الإجرامية التى تصدر من شخص واحد بحيث يستقل كل فعل عن غيره من حيث التصميم الإجرامى والحركة العضوية التى قامت به.

(1) د. فتوح الشاذلى ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، سنة ٢٠٠٤.

(2) نقض ٦ يونيه ١٩٣٨ ، مجموعة القواعد ، جـ٤ ، رقم ٣٣٤ ، ص ٢٥٦ ، ١٤ يونيه ١٩٦٠ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ١١ ، رقم ١٠٨ ، ص ٥٦٧.

(3) نقض جلسة ١٣ مارس ١٩٨٥ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٣٦ ، رقم ٦٥ ، ص ٣٨٣.

ويتحقق التعدد المادى بارتكاب الجانى نفسه عدة افعال مستقلة يشكل كل فعل منها جريمة مستقلة بذاتها فكل فعل من الأفعال المتعددة يتطابق والنموذج القانوني لجريمة من الجرائم ومن ثم تتعدد الجرائم بتعدد الأفعال التى تتطابق مع نماذجها الإجرامية .

وبالتالى لا تتعدد الأفعال إلا إذا تعددت التصميمات الإجرامية ثم عبرت عن كل تصميم حركة عضوية كالشخص الذى يطلق عياراً نارياً على خصمه فيقتله ثم يطلق عياراً أخراً على أخر فيصيبه بأذى شديد ثم يقوم بسرقة حافظة نقوده .

ثانياً: معياره :

تعددت المعايير للتمييز بين وحدة الفعل وتعدده. والذى نرجحه هو النظر إلى عنصري الفعل، وهما الإرادة والحركة العضوية المعبرة عنها. فإذا كان التصميم الإرادى واحداً أو كانت الحركة العضوية المجسدة لهذا التصميم واحدة، كان الفعل واحداً. أما إذا تعددت التصميمات الإرادية وتعددت الحركات العضوية المجسدة لكل تصميم منها، كانت الأفعال متعددة[1] .

وتطبيقاً لهذا المعيار يكون الفعل واحداً فى الصور التالية :

١- إذا كان الفعل وليد تصميم إرادى واحد عبرت عنه حركة عضوية واحدة ، وتلك هى الصورة المثلى للفعل الواحد. ومثالها أن يصمم شخص على قتل آخر فيضربه ضربة تودى بحياته.

٢- إذا كان الفعل وليد تصميم إرادى واحد عبرت عنه حركات عضوية متعددة. مثال ذلك أن يصمم شخص على هتك عرض آخر فيضربه قهراً لمقاومته ثم يتوصل إلى هتك عرضه. أو يصمم على قتله فيقيده بالحبال لتعجيزه عن المقاومة ثم يطعنه بسكين .

٣- إذا كان الفعل وليد تصميمات إرادية عبرت عنها جميعاً حركة عضوية واحدة. مثال ذلك أن يصمم شخص على إيذاء خصمه بدنياً ونفسياً فيصفعه أمام جمع من أصدقائه.

٤- إذا كان الفعل وليد تصميم إرادى واحد أو عبرت عنه حركة عضوية واحدة، فيظل واحداً ولو ترتبت على الحركة العضوية الواحدة نتائج متعددة. مثال ذلك أن يطلق شخص رصاصة واحدة تقتل شخصاً وتنفذ منه فتصيب شخصاً أخر.

مما تتقدم يتضح أن التعدد المادى للجرائم يتحقق إذا تعددت التصميمات الإرادية ، وجسدت كل تصميم منها حركة عضوية على حدة[2]. واظهر مثال على التعدد المادى أن يطلق شخص رصاصة على خصمه فيرديه قتيلاً، ثم يطلق رصاصة ثانية على خصم آخر له فيقتله أو يصيبه بجراح أو يتلف مالاً كان يحمله، أو أن يغتصب شخص امرأة ثم يطرأ له بعد مواقعتها قصد سرقتها فيجردها من مصوغاتها أو يختلس نقوداً كانت معها[3].

ويتحقق التعدد المادى للجرائم ولو ارتكبت الأفعال المتعددة فى أوقات متقاربة أو فى وقت واحد، أو ارتكبت فى أماكن متقاربة أو فى مكان واحد، أو ارتكبت على مجنى عليه واحد، أو كان الباعث الدافع إليها واحداً.

ثالثاً: حكمه :

١- القاعدة العامة : تعدد العقوبات بتعدد الجرائم .

القاعدة العامة أنه إذا تعددت الجرائم تعددت العقوبات، لا فرق بين الجنايات والجنح والمخالفات، وذلك طبقاً لنصوص المواد ٣٣ ، ٣٧ ، ٣٨ من قانون العقوبات.

---

(1) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٨٨٤.

(2) نقض جنائى ، جلسة ١٩٦٣/١٢/١٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٤ رقم ١٧٢ ص ٩٤٠.

(3) د. فتوح الشاذلى ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨ .

١ - قيود تعدد العقوبات :

إن قاعدة تعدد العقوبات ليست مطلقة، فقد ترد عليها قيود تفرضها طبيعة الأشياء، فمن غير المتصور أن تتعدد عقوبات الإعدام، أو العقوبات المؤبدة والمؤقتة من ذات النوع، أو عقوبة الإعدام وعقوبة سالبة للحرية.

وعلاوة على ذلك فإن القانون قد فرض قيدين على قاعدة التعدد: القيد الأول خاص بجب العقوبات (م٣٥ عقوبات) ، والقيد الثانى يتعلق بعدم تجاوز العقوبات المتعددة حداً معيناً (م٣٦ عقوبات). وكلا القيدين يخص العقوبات الماسة بالحرية، لأن الغرامة تتعدد دونما قيد ، وكذلك العقوبات التبعية والتكميلية، باستثناء عقوبة مراقبة البوليس .

القيد الأول: وضع حد أقصى للعقوبات المتعددة :

هذا التعدد مقرر بالنسبة للعقوبات السالبة والمقيدة للحرية. ففى خصوص العقوبات السالبة للحرية نص قانون العقوبات على أنه: "إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب ألا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة وأن لا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنوات".

أما بالنسبة للعقوبات المقيدة للحرية فقد نصت المادة ٣٨ عقوبات على أن: "تتعدد عقوبات مراقبة البوليس ولكن لا يجوز أن تزيد مدتها كلها على خمس سنين".

وقد تطلب القانون للاستفادة من قيد الحد الأقصى للعقوبات المتعددة، أن يكون المتهم قد ارتكب كل جرائمه قبل أن يحكم عليه من أجل إحداها، أما إذا ارتكب بعض الجرائم بعد أن حكم عليه نهائياً من أجل جريمة سابقة، فإن العقوبة التى حكم بها عليه من أجل هذه الجريمة لا تدخل فى حساب الحد الأقصى.

والحكمة من التحديد الذى حدده المشرع فى هذين النصين، تكمن فى منع تحول العقوبات الماسة بالحرية المؤقتة إلى عقوبات مؤبدة بسبب تعددها.

ومقتضى هذين القيدين أن يسقط عن المحكوم عليه الالتزام بتنفيذ القدر الزائد على هذا الحد، وما يسقط من التنفيذ إنما يخصم من العقوبة الأقل شدة إذا تنوعت العقوبات المحكوم بها، فإذا حكم على شخص بعقوبات سجن وحبس وبلغت مدة السجن عشرين سنة فلا ينفذ شيء من الحبس.

القيد الثانى: جَبّ العقوبات :

يقصد بالجبّ استغراق أو استيعاب عقوبة لعقوبة أخرى، بحيث يعد تنفيذ إحداها تنفيذاً فى الوقت نفسه للأخرى، وقد قررت هذا القيد المادة ٣٥ من قانون العقوبات، حين نصت على أنه: "تجبّ عقوبة السجن المشدد بمقدار مدته كل عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالسجن المشدد المذكور".

يتضح من هذا النص أن مجال الجب قاصر على العقوبات السالبة للحرية، وأن السجن المشدد هو العقوبة الوحيدة التى تجب غيرها من العقوبات السالبة للحرية، وأن العقوبتين محل الجب هما السجن والحبس . فلا تجب عقوبة للسجن المشدد عقوبة أخرى بالشجن المشدد، ولا تجب عقوبة السجن عقوبة الحبس، كما لا تجب عقوبة السجن أو الحبس عقوبة السجن المشدد.

وترجع العلة فى تقرير نظام الجب إلى أن تنفيذ العقوبة الأشد (السجن المشدد) يتضمن فى الوقت نفسه تنفيذاً حكمياً للعقوبة الأخف، كما أن الجب يعد قيداً على تعدد العقوبات السالبة للحرية المؤقتة حتى لا تتحول إلى عقوبة مؤبدة .

الشرط الأساسى للجبّ: أن تكون عقوبة السجن أو الحبس محكوماً بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالسجن.

فإذا حكم بالسجن المشدد أولا ثم ارتكب المحكوم عليه الجريمة التى حكم فيها بالسجن أو الحبس، فإن عقوبة السجن المشدد لا تجب هاتين العقوبتين.

والحكمة من هذا الشرط أن عدم التقيد به يؤدى إلى إعفاء المحكوم عليه بالسحن المشدد من توقيع أى عقوبة أخرى أخف منها يحكم بها عليه.

ولا تجب عقوبة السجن المشدد من عقوبة السجن أو الحبس إلا بمقدار مدتها، وما زاد من مدة العقوبة أو العقوبات

الأخرى على مدة السجن المشدد لا يجب. فإذا كانت مدة السجن المشدد أقل من مدد هذه العقوبات، فالباقى من مدد العقوبات الأخرى ينفذ بعد انتهاء عقوبة السجن المشدد. فإذا حكم على شخص بالسجن المشدد ثلاث سنوات وبالسجن خمس عشرة سنة، جبت عقوبة السجن المشدد من عقوبة السجن بمقدار مدتها، أى ثلاث سنوات، والتزم المحكوم عليه أن ينفذ -بعد انقضاء السن المشدد- إثنتا عشرة سنة سجناً.

وتجب عقوبة السجن المشدد من العقوبات السالبة للحرية بحسب ترتيب تنفيذها، فهى تجب عقوبة السجن أولاً بمقدار مدتها. فإذا كانت مدة السجن أقل من مدة السجن المشدد، جبت عقوبة السجن المشدد من الحبس بما يكمل مدتها ، فإذا حكم على شخص بالسجن المشدد خمس سنوات وبالسجن ثلاث سنوات وبالحبس ثلاث سنوات، جبت عقوبة السجن المشدد كل مدة السجن، وجبت سنتين من الحبس، فبعد تنفيذ مدة السجن المشدد وهى خمس سنوات يلتزم المحكوم عليه بتنفيذ سنة واحدة حبساً.

٣- <u>الاستثناء على القاعدة العامة:</u> حالة الجرائم المرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة .

نصت المادة ٢/٣٢ عقوبات على أنه: "إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم" .

ففى هذه الحالة تتعدد الجرائم تعدداً مادياً، ومع ذلك لا تتعدد العقوبات تطبيقاً للقاعدة العامة، وإنما يحكم على المتهم بالعقوبة المقررة لأشد هذه الجرائم إذا توافرت شروط الاستثناء .

<u>أولاً: شروط الاستثناء</u> :

يتحقق هذا الاستثناء عندما تتعدد الجرائم تعدداً حقيقياً لا معنوياً، بأن تتعدد الأفعال ويكون كل فعل منها جريمة مستقلة فى ذاته. وقد كان من الواجب فى هذه الحالة تطبيق تعدد العقوبات، إلا أن المشرع وضع حكماً خاصاً -وهذا هو الاستثناء- يقضى بتوقيع عقوبة واحدة هى عقوبة الجريمة الأشد إذا توافر شرطان: أن تكون الجرائم المتعددة قد وقعت لغرض واحد، وأن تكون مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

<u>الشرط الأول : وحدة الغرض</u>:

ويقصد بوحدة الغرض وحدة الباعث أو وحدة الغاية التى يسعى الجانى إلى الوصول إليها، وذلك بأن يستهدف من جرائمه المتعددة إدراك غاية واحدة. ولا يقصد المشرع بوحدة الغرض وحدة القصد الجنائى، ذلك لأن الجرائم المتعددة مستقلة فيما بينها، فيكون لكل منها ركنها المعنوى الخاص بها .

<u>الشرط الثانى : الارتباط الذى لا يقبل التجزئة</u> :

لم يحدد المشرع المقصود بهذا الارتباط، الأمر الذى ينبنى عليه أن يترك أمر تحديد هذا الارتباط لتقدير قاضى الموضوع، ويمكن القول بأن الارتباط الذى لا يقبل التجزئة بين الجرائم يقتضى أن تكون بينها صلة وثيقة بحيث تجعل منها وحدة إجرامية. وقد حددت محكمة النقض ضابط هذا الارتباط حيث تطلبت "أن تكون الجرائم قد انتظمتها خطة جنائية واحدة بعدة أفعال كمل بعضها بعضاً فتكونت منها مجتمعة الوحدة الإجرامية التى عداها الشارع"(1). ويتوافر الارتباط فى حالات ثلاثة: حالة وحدة الغاية بالنسبة لجميع الجرائم المتعددة، وكون بعضها وسيلة وبعضها الآخر غاية، وكون وقوع بعضها يترتب على وقوع بعضها الآخر، ومن القرائن على وجود هذا الارتباط وحدة زمن الجرائم المتعددة أو مكان ارتكابها أو المجنى عليه فيها، لكن هذه القرائن كلها بسيطة يجوز إثبات عكسها .

وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن تقدير ما إذا كانت الجرائم مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة أو غير

---

(1) نقض ٢٧ فبراير ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٨ ، رقم ٥٣ ، ص ٢٧٤ ، ١٨ يناير ١٩٧٠ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢١ ، رقم ٢٩ ، ص ١٢٠ ، ١٨ مارس ١٩٨٤ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٣٥ ، رقم ٦٣ ، ص ٢٩٩.

مرتبطة، من المسائل الموضوعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع بغير رقابة عليها من محكمة النقض، إلا إذا كانت الواقعة كما أثبتها الحكم المطعون فيه تخالف ما انتهى إليه من نتيجة بشأن توافر الارتباط أو عدم توافره. ففى هذه الحالة يكون الحكم المطعون فيه قد وقع فى خطأ قانونى مما يوجب على محكمة النقض تصحيحه[1] .

وأظهر أمثلة للجرائم المرتبطة بوحدة الغرض بحيث لا يقبل التجزئة اختلاس موظف أموالاً أميرية وتزويره الدفاتر الرسمية لإخفاء هذا الاختلاس، وتزوير محرر رسمى أو عرفى ثم استعماله فى الغرض الذى زُور لأجله، وتزييف مسكوكات ثم ترويجها، وإحراز سلاح بدون ترخيص ثم استعماله فى جريمة أياً كان نوعها، وإصدار شخص عدة شيكات لصالح شخص واحد فى يوم واحد وعن معاملة واحدة[2] .

ثانياً: حكم الاستثناء :

يترتب على إعمال الاستثناء عدة آثار بالنسبة للعقوبة الأصلية والعقوبات التبعية والتكميلية، وذلك على النحو الآتى:

١- بالنسبة للعقوبة الأصلية :

متى تحققت شروط الاستثناء السابق بيانها، وجب اعتبار الجرائم المتعددة كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم طبقاً لنص المادة ١/٣٢ من قانون العقوبات . فحكم هذا الاستثناء هو تعدد الجرائم ووحدة العقوبة .

والخطاب هنا موجه إلى القاضى، فهو يلتزم بأن يحكم بعقوبة واحدة من أجل الجرائم المتعددة، وهى أشد العقوبات المقررة لهذه الجرائم. فإذا قضى بعقوبات متعددة، تاركاً لسلطات التنفيذ تنفيذ العقوبة الأشد من بينها، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

وتقدير عقوبة الجرائم فيما بينها يرجع فيه إلى العقوبة الأصلية لكل منها، على التفصيل السابق بيانه فى حالة التعدد المعنوى .

وتطبيق عقوبة الجريمة الأشد شرطه إدانة المتهم من أجل هذه الجريمة، أما إذا بُرئ منها فلا يكون هناك مجال لتطبيق النص المتعلق بالارتباط، ويتعين توقيع عقوبة الجريمة الأخف [3].

وعقوبة الجريمة الأشد، وإن كانت مقررة فى القانون أصلاً لتلك الجريمة، إلا أنها تعتبر فى نفس الوقت عقوبة لكل جريمة من الجرائم المرتبطة التى أسندت إلى المتهم .

لكن لا يعنى اعتبار المشرع للجرائم المتعددة فى هذه الحالة جريمة واحدة والحكم بعقوبة الجريمة الأشد ، أن تفقد الجرائم الأخف ذاتيتها واستقلالها لتصبح مجرد عنصر فى منظومة إجرامية واحدة، فهذه الجرائم تحتفظ بذاتيتها ولا تفقد وجودها القانونى. ويبنى على ذلك النتائج الآتية :

أ-أن يلتزم القاضى فى حكمه بتقرير توافر الجرائم الأقل شدة والإشارة إلى النصوص الخاصة بها.

ب- أن العقوبة الأشد التى يقتصر القاضى على الحكم بها تعتبر عقوبة لكل الجرائم المرتبطة التى أسندت إلى المتهم .

٢- بالنسبة للعقوبات التبعية والتكميلية وسائر الآثار الجنائية للجرائم ذات العقوبة الأخف :

إن التزام القاضى بالحكم بعقوبة الجريمة الأشد يقتضى استبعاد العقوبة الأصلية المقررة للجريمة الأخف، ويترتب على استبعاد هذه العقوبة الأصلية، واستبعاد العقوبات التبعية التى تلحق بها. فالقاعدة أن العقوبات التبعية تدور مع عقوبتها الأصلية وجوداً وعدماً.

---

(1) نقض ١٩٥٨/٥/٢٧ مجموعة أحكام النقض ، س٩ رقم ١٥١ ص ٥٩٠.

(2) نقض ٢٧ مايو ١٩٥٨ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٩ ، رقم ١٤٩ ، ص ٥٨٢.

(3) نقض ٢٧ يونيه ١٩٦٠ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ١١ ، رقم ١١٥ ، ص ٦٠٠.

أما العقوبات التكميلية الخاصة بالجريمة الأخف ، فيجب توقيعها رغم عدم توقيع العقوبة الأصلية لتلك الجريمة، لأن هذه العقوبات مرتبطة بالجريمة وليس بعقوبتها الأصلية ، ولما كانت الجريمة الأخف ما تزال محتفظة بكيانها، فإن ذلك يقتضى توقيع العقوبات التكميلية المرتبطة بها .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "العقوبات التكميلية من غرامة ورد ومصادرة هى عقوبات نوعية لازمة عن طبيعة الجريمة التى تقتضيها وملحوظ للشارع بصفة خاصة ضرورة توقيعها، فمهما تكن العقوبة المقررة لما يرتبط بتلك الجريمة من الجرائم الأخرى، فإن تطبيقها لا ينبغى أن يجب تلك العقوبات التكميلية كما يجب العقوبة الأصلية التابعة هى لها، بل لا يزال واجباً الحكم بها مع الحكم بعقوبة الجريمة الأشد(1) .

المطلب الثالث

التعدد المادى والمعنوى لجرائم الامتناع

بينا فى المبحثين السابقين ماهية التعدد المادى وحكمه، وكذلك التعدد المعنوى للجرائم وحكمه، ويبقى لنا أن نشير إلى أن تعدد الجرائم بنوعيه المادى والمعنوى ليس قاصراً على الجرائم الإيجابية فحسب، بل من المتصور أن تتعدد الجرائم السلبية كذلك تعدداً مادياً أو معنوياً .

أولاً: التعدد المادى لجرائم الامتناع :

يتحقق التعدد المادى لجرائم الامتناع فى الفرض الذى يأتى فيه الشخص الواحد أفعالاً سلبية متعددة ومستقلة عن بعضها البعض بحيث يكون كل منها وليد تصميم إرادى مختلف بشرط أن تقع هذه الأفعال قبل أن يحكم عليه بحكم بات من أجل واحدة منها.

وقد يكون التعدد المادى لجرائم الامتناع بسيطاً، أى لا ترتبط فيه الجرائم ببعضها البعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة، كما لو امتنع شخص عن الإدلاء بشهادته أمام القضاء، وامتنع كذلك وبحكم كونه موظفاً عاماً عن تنفيذ حكم قضائى واجب التنفيذ وامتنع أيضاً عن مساعدة شخص فى خطر فى الوقت الذى كان يتوجب عليه مساعدته، وفى هذا الفرض تتعدد العقوبات بتعدد هذه الجرائم مع مراعاة القيود التى أوردها قانون العقوبات بشأن تعدد العقوبات والمنصوص عليها فى المادتين ٣٥ ، ٣٦ من قانون العقوبات.

وقد يكون التعدد المادى لجرائم الامتناع تعدداً مركباً، أى تعدد ترتبط فيه الجرائم ارتباطاً لا يقبل التجزئة، بمعنى أن يقوم بين هذه الجرائم صلة وثيقة بحيث تجعل منها وحدة إجرامية بحيث تكون فى مجموعها كلاً لا يتجزأ، كما لو امتنع الأب عن إبلاغ السلطات بإصابة ابنه بمرض الإيدز، فإذا مات الابن امتنع الأب كذلك عن الإبلاغ عن وفاته، ففى هذا الفرض نكون بصدد جريمتين مستقلتين هما عدم الإبلاغ عن إصابة الابن بمرض معد، وعدم الإبلاغ عن الوفاة، ولاشك أن هاتين الجريمتين مرتبطتين ارتباطاً لا يقبل التجزئة، وفى هذا الفرض يجب الحكم على المتهم بالعقوبة المقررة لأشد هاتين الجريمتين طبقاً لنص المادة ٢/٣٢ من قانون العقوبات.

ثانياً: التعدد المعنوي لجرائم الامتناع :

يتحقق التعدد المعنوى لجرائم الامتناع فى الفرض الذى يأتى فيه الشخص فعلاً سلبياً تتحقق به أكثر من جريمة أو يتطابق مع أكثر من نموذج إجرامى، فالفعل من وجهة النظر الموضوعية واحداً ولكنه من وجهة النظر القانونية يحقق عدة جرائم طبقاً للنصوص القانونية التى تنطبق على أوصاف الفعل المختلفة.

---

(1) نقض ٨ يناير ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية ، جـ١ ، رقم ١ ، ص١ ، ١٢ مارس ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ، س٢٤ ، رقم ٧ ، ص ٣٢٥.

فحارس مزلقان السكة الحديد الذى فى سبيل ارتكابه لجريمة قتل سياسى يمتنع عن تحويل الطريق بالنسبة للقطار مسبباً بذلك تصادماً. ففى هذا المثال سلوك الجانى واحداً وهو الامتناع عن تحويل الطريق بالنسبة للقطار، ولكنه من الناحية القانونية يتطابق مع أكثر من نموذج تجريمى، ومن ثم تحقق بالنسبة لفعله أكثر من جريمة وهى جريمة القتل العمد، وجريمة تعريض وسيلة نقل عام للخطر[1].

المبحث الثانى
نظرية تعدد الجرائم فى الشريعة الإسلامية
وعلاقتها بجرائم الامتناع

تمهيد :

لقد تناول الفقهاء حالة تعدد الجرائم ذات العقوبات المقدرة ، وهى جرائم الحدود والقصاص ، فمثلاً قد يرتكب الجانى أكثر من جريمة من الجرائم التى توجب الحد كتكرار ارتكاب الزنا أو القذف أو السرقة. وقد يرتكب الجانى أكثر من جريمة تستوجب بعضها توقيع القصاص والبعض الآخر توقيع الحد، كمن يزنى ويقتل. وقد يرتكب عدة جرائم تستوجب عقوبة القصاص وحدها، فما حكم الشرع فى هذه الحالات؟ إثر تعدد العقوبات الناتجة عن تعدد الجرائم وهو ما يعرف بمبدأ تعدد العقوبات بتعدد الجرائم .

المطلب الأول
مفهوم مبدأ تعدد العقوبات بتعدد الجرائم

تمهيد :

يعنى مبدأ تعدد العقوبات ارتكاب الجانى أكثر من جريمة من الجرائم التى توجب الحد كتكرار ارتكاب الزنا أو القذف أو السرقة. أو ارتكاب الجانى أكثر من جريمة تستوجب بعضها توقيع القصاص والبعض الآخر توقيع الحد، كمن يزنى ويقتل. وقد يرتكب عدة جرائم تستوجب عقوبة القصاص وحدها.

أولاً: حالات مبدأ تعدد العقوبات بتعدد الجرائم :

الحالة الأولى : تعدد جرائم الحدود :

أ- تعدد جرائم الحدود التى تتحد فيها العقوبات :

أجمع الفقهاء على أنه إذا تعدد ما يوجب حداً واحداً، فإنه لا يقام على الجانى إلا حد واحد، إذا كان تعدد الجريمة سابقاً على رفع الأمر إلى القضاء. فمن زنا مراراً من غير أن يقام عليه الحد، ثم ثبت بعد ذلك لدى القضاء تعدد هذه الجريمة، فإنه لا يقام عليه إلا حد واحد. ومن سرق مراراً ثم رفع أمره إلى القضاء ، لا يقام عليه إلا حد واحد[2].

ويفسر الفقهاء ذلك بأن الحدود تقام للزجر العام. والزجر العام لا يتطلب التعدد. كما أنه يؤدى إلى تهذيب الجانى وإصلاحه.

ب- تعدد جرائم الحدود التى تختلف فيها العقوبات :

كأن يرتكب الجانى جرائم السرقة والزنا مع الإحصان وشرب الخمر والقذف.

فإذا كان أحد هذه الحدود يستوجب القتل، كأن تجتمع سرقة وزنا مع الاحصان وشرب الخمر، فقد ذهب الرأى

---

(1) د. مأمون سلامة ، جرائم الامتناع بالارتكاب ، المرجع السابق ، ص ١٧٩.
(2) المغنى لابن قدامه ، جـ ٨ ، ص ٢١٣ .

الراجح إلى أن القتل يسقط ما عداه من عقوبات أخرى .

ومعنى ذلك أن الحدود تتداخل ويكتفى بتطبيق إحداها وهو الرجم .

أما إذا لم يكن بين هذه الحدود ما يستوجب القتل، فيذهب الحنابلة والشافعية إلى تعدد العقوبات وعدم تداخلها ، إلا أنه يبدأ فى تنفيذ العقوبة الأخف ثم الأشد .

أما المالكية ، فبالرغم من أنهم أخذوا بمبدأ تعدد العقوبات، إلا أنهم فرقوا بين العقوبات المتجانسة وغير المتجانسة. فإذا كانت العقوبات جنساً واحداً، وهو الجلد، تداخلت، وإن اختلف جنسها فلا تتداخل.

وعلى ذلك، إذا شرب وزنا، فإن العقوبة تتداخل ، ويقام عليه أشدها فيجلد مائة جلدة .

ولكن إذا سرق وزنى، أقيم الحدان ، ولا يدخل أحدهما فى الآخر، لأن العقوبات غير متجانسة ولا يمكن أن تتداخل فيجلد ثم يقطع .

وأما من شرب وزنا وهو غير محصن وسرق، فإنه يجلد مائة جلدة لتداخل حد الشرب مع حد الزنا ، ثم يقطع بعد ذلك عن جريمة السرقة[1].

الحالة الثانية : تعدد جرائم الحدود مع جرائم القصاص :

وفى هذه الحالة يجتمع حقان : حق الله تعالى والذى يستوجب توقيع الحد، وحق العبد ويستوجب القصاص .

ومثاله : من يزنى ويقتل ، ففى هذه الحالة يقدم حق العبد (وهو القصاص) على حق الله (وهو الحد) ، فيقتل قصاصاً ولا يقتل حداً بالرجم[2] .

وقد يتفق الحقان فى محل واحد، كالقتل والقطع قصاصاً. فمن يقتل شخصاً عند ارتكابه الحرابة، ففى هذه الحالة إن كانت جريمة الحرابة أسبق من جريمة القتل، فإن الجانى يقتل حداً جزاءً للحرابة. ويجوز لولى الدم فى ذات الوقت أن يستوفى الدية .

أما إذا كانت جريمة القتل أسبق من جريمة الحرابة، قدم حق العبد، فيقتل الجانى قصاصاً ويسقط الحد. فإن عفى ولى الدم أو استوفى الدية، قتل الجانى للحرابة[3].

الحالة الثالثة : تعدد جرائم القصاص :

لا خلاف بين الفقهاء فى أن جرائم القصاص – كقاعدة عامة – توجب التعدد الفعلى للعقوبات. فمن قطع يد رجل وفقا عينه، فإن كل واحدة توجب قصاصاً على حدة. ولا تتداخل عقوبة مع أخرى، لاستقلال كل منهما بالسبب الموجب للقصاص وللانفصال بين الجريمتين والعقوبتين.

أما إذا كانت إحدى الجرائم توجب قصاصاً بالنفس – أى القتل – فقد فرق الفقهاء فى الحكم بين الصورتين الآتيتين:

الصورة الأولى : أن تتعدد الجرائم بتعدد المجنى عليهم ، كأن يقوم رجل بقتل رجلين. ففى هذه الحالة ، يستحق القصاص عن كل منهما. فإن طلب أولياء كل من المجنى عليهما القصاص قتل بهما، ولا دية لأى منهما، لأن الدية لا تستوفى إلا فى حالة العفو، ولكن لا يمكن تكرار القصاص بالقتل بالطبع لأنهما نفس واحدة.

أما إذا عفا كل منهما عن القاتل، ففى هذه الحالة لا يتداخل الحقان وتجب الدية لكل من أولياء المجنى عليهما. وذلك عملاً بقوله تعالى ﴿ فمن عفى له من أخيه شئ فإتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة﴾[4] .

أما إذا عفا أحدهما وطالب الآخر بالدم ففيها رأيان :

---

(1) المغنى جـ ٨ ص ٢٩٨ . ، فتح القدير جـ ٤ ، ص ٢٠٩ . المنتقى شرح الموطأ جـ٣ ص ١٤٦. المدونة جـ ١٦ ، ص ٤٨ .
(2) الشيخ محمد أبو زهرة ، العقوبة، ص ٣١٠.
(3) المغنى جـ ٨ ص ٣٠٢.
(4) سورة البقرة ، آية ١٧٨ .

الأول : ويذهب إليه أحمد والشافعي ، ويقضي بأنه تجب الدية لمن عفا ويكون القصاص لمن طالب بالدم، ولا يتداخل الحقان.

الثاني: وقال به أبو حنيفة ومالك، ويقضى بأنه لا عقوبة إلا القتل، ولا تجب الدية لمن عفا. لأنه لا محل للعفو إذا كان القصاص ، لأن الدية فداء النفس وقد هلكت فلا موضع للفداء. وبذلك تكون العقوبة واحدة وإن تعددت الجريمة ، وفى تقديرى أرجح هذا الرأى لسلامة الأساس المستند إليه من المعقول .

الصورة الثانية : إذا تعددت الجرائم وكان المجنى عليه واحداً. كأن يجرح الجانى رجلاً ثم يقتله، مع ملاحظة ألا يكون بين القتل والجرح علاقة السببية، كما لو عاش المجنى عليه بعد الجرح ثم قام الجانى بعد ذلك بقتله. فهل يعاقب الجانى فى هذه الحالة بعقوبة واحدة أم بعقوبتين ؟

فرق الفقهاء فى هذه الحالة بين حالتين :

الأولى : حالة القتل قبل شفاء الجرح، ففى هذه الحالة إذا أختار ولى الدم العفو وأخذ الدية، فإنه يستوفى ديتان، دية الجرح ودية القتل. لأن الحقان مستقلان ويمكن استيفائهما معاً، وذلك رغم وحدة المجنى عليه.

أما إذا اختار ولى الدم القصاص ، فيذهب الرأى الراجح إلى وجوب القصاص فى كل من الجريمتين. فيجرح أولاً ثم يقتل ثانياً. أى أنه يفعل به مثل ما فعل بالمجنى عليه تماماً. لأن المماثلة فى الجريمة توجب المماثلة فى العقوبة. ولا تداخل إذا أمكن الانفصال.

الثانية : حالة القتل بعد شفاء الجرح. وفى هذه الحالة لم يختلف الفقهاء على توقيع ذات العقوبة على الجانى، فيجرح أولاً ثم يقتل .

أما إذا عفا عنه ولى الدم، فله الدية عن كل من الجريمتين، أو يأخذ الدية عن الجرح فقط ويقتل الجانى قصاصاً. ومعنى ذلك أن عقوبات القصاص لا تتداخل فيما بينها ولو كانت إحداهما هى القتل[1] .

ثانياً: القيود الواردة على مبدأ تعدد العقوبات :

نخلص من كل ما تقدم إلى أن الشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ تعدد العقوبات بتعدد الجرائم، ولكنها لا تأخذ به على إطلاقه، وإنما قيدته بقيدين هما: التداخل ، والجب.

القيد الأول : التداخل :

معنى التداخل هو أن الجرائم فى حالة التعدد تتداخل عقوباتها بعضها فى بعض، بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة، فلا ينفذ على الجانى إلا عقوبة واحدة، كما لو كان فقد ارتكب جريمة واحدة[2] .

ويقوم التداخل على مبدأين :

الأول : أن الجرائم إذا تعددت وكانت من نوع واحد كسرقات متعددة أو زنا متعدد، أو قذف متعدد، فإن العقوبات تتعدد ويجزئ منها جميعاً عقوبة واحدة، فإذا ارتكب الجانى جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامة العقوبة عليه، وجبت عليه عقوبة أخرى .

والعبرة بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها، فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التى لم يتم تنفيذها بعد .

وتعتبر الجرائم – على الرأى الراجح – من نوع واحد ما دام مضمونها واحداً، ولو اختلفت أركانها وعقوباتها . كالسرقة العادية والحرابة ، فكلاهما سرقة، وفى مثل هذه الحالات تكون العقوبة الأشد هى الواجبة.

ويعلل الفقهاء هذا المبدأ بأن العقوبة شرعت بقصد التأديب والزجر ، وأن عقوبة واحدة تكفى لتحقيق هذين المعنيين،

---

(1) الشيخ محمد أبو زهرة، العقوبة ، ص ٥٩٨.

(2) شرح فتح القدير جـ٤ ص ٢٠٨. المغنى جـ ١٠ ، ص ١٩٧ .

فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات ما دام المفروض أن عقوبة واحدة تكفي لإحداث أثرها وتمنع المجرم من ارتكاب الجريمة مرة أخرى .

الثانى : أن الجرائم إذا تعددت ، وكانت من أنواع مختلفة ، فإن العقوبات تتداخل ، ويعاقب المجرم عن الجرائم جميعها بعقوبة واحدة، بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أى لتحقيق غرض واحد. فمن أهان موظفاً وقاومه واعتدى عليه عوقب بعقوبة واحدة على هذه الجرائم الثلاث التى وضعت عقوباتها لغرض واحد هو حماية الموظف والوظيفة. ومن تناول ميتة ودماً ولحم خنزير عوقب عن هذه الجرائم الثلاث بعقوبة واحدة لأن عقوباتها جميعاً وضعت لغرض واحد هو حماية صحة الفرد والجماعة.

والعبرة فى التداخل بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها، فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التى لم يتم تنفيذها[1] .

أما إذا كانت الجرائم المتعددة من أنواع مختلفة، ولم يجمع بين عقوباتها غرض واحد، كأن ارتكب الجانى سرقة فى المرة الأولى ثم زنا فى الثانية وقذف فى الثانية ، فإن العقوبات لا تتداخل فى هذه الحالة ، وإنما تتعدد بتعدد الجرائم المختلفة.

القيد الثانى : جب العقوبات :

معنى الجب فى الشريعة الإسلامية هو الاكتفاء، فيعتبر تنفيذ العقوبة مانعاً من تنفيذ العقوبات الأخرى. ولا ينطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل، فإن تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها، ومن ثم فهى العقوبة الوحيدة التى تجب ما عداها.

المطلب الثانى
تطبيق المبدأ على جرائم الامتناع فى الشريعة

أولاً: لا يوجد ما يمنع من تعدد جرائم الامتناع فى الشريعة الإسلامية، فقد يرتكب شخص جريمة الامتناع عن الشهادة، والامتناع عن دفع الزكاة، والامتناع عن الجهاد، والامتناع عن رد الدين، والامتناع عن رد المغصوب .

ثانياً: قد تتوسط حالة الامتناع ضمن حالات إيجابية، وقد تناولها الفقهاء عند التعرض لمسألة القتل بالترك أو الحبس ومنع الطعام والشراب، على النحو التالى :

القتل بالترك أو الحبس ومنع الطعام والشراب[2] :

إذا حبس شخص إنساناً فى مكان، ومنع عنه الطعام أو الشراب، أو الدفء فى الشتاء ولياليه الباردة، حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فى مدة يموت فى مثلها غالباً، وتعذر عليه الطلب، ففيه آراء :

قال أبو حنيفة: لا شئ على الحابس، لأن الموت حدث بالجوع ونحوه، لا بالحبس .

وقال الصاحبان : تجب عليه الدية، لأنه قاتل شبه عمد، لأن الطعام والشراب والدفء من لوازم الإنسان، وتتوقف عليها حياته، فمن منعه إياها أهلكه بمنعه. وكونهما لم يعتبر الفعل قتل عمد، فلأن الحبس فى تقديرهما ليس وسيلة معدة للموت، وإن كان فى ذاته وسيلة قاتلة غالباً[3] .

---

(1) أ. عبد القادر عوده، المرجع السابق، ص ٧٤٨. وذلك على عكس الحال فى المادة ٣٢ عقوبات والتى تلزم القاضى بالحكم بعقوبة واحدة هى عقوبة الجريمة الأشد ، ولا يترك الأمر فى ذلك إلى سلطة التنفيذ.

(2) د. رمضان الشرنباصى، العقوبات الشرعية، المرجع السابق ، ص ٢١٣ ــ ٢١٤ .

(3) الدر المختار ورد المحتار : ٣٨٦/٥، التشريع الجنائى لعودة: ٧٣/٢.

واعتبر المالكية[1] القتل فى هذه الحالة كالخنق قتلاً عمداً، ما دام قد صدر على وجه العدوان.

واعتبر الشافعية والحنابلة[2] القتل حينئذ عمداً موجباً القصاص، إذا مضت مدة يموت مثله فيها غالباً جوعاً أو عطشاً، لظهور قصد الإهلاك به، لأن الله تعالى أجرى العادة بالموت عندئذ، فإذا تعمده الإنسان، فقد تعمد القتل، وهذا الرأى وسط معتدل.

وتختلف المدة باختلاف حال المحبوس قوة وضعفاً، والزمان حراً وبرداً، لأن فقد الماء فى الحر ليس كفقده فى البرد.

فإن كان لا يموت فى مثلها غالباً، كان القتل شبه عمد عند الحنابلة. وفصل النووى فى المنهاج فى هذه الحالة، فقال: إن لم يكن به جوع وعطش سابق فشبه عمد. وإن كان به بعض جوع أو عطش، وعلم الحابس الحال، كان القتل عمداً، لظهور قصد الإهلاك.

---

(1) الشرح الكبير والدسوقى : ٢٤٢/٤.

(2) نهاية المحتاج : ٧/٧ وما بعدها، مغنى المحتاج : ٥/٤ وما بعدها، المهذب : /١٧٦، المغنى : ٦٤٣/٧، كشاف القناع : ٥٩١/٥.

الامتناع والجريمة متعدية القصد

المبحث الأول
الجريمة متعدية القصد فى القانون الوضعى

تمهيد وتقسيم :

تكتسب دراسة نظرية الجريمة المتعدية ، أهمية فى نظرية المسئولية الجنائية ، ففكرة الجريمة المتعدية لم يتعرض لها الفقه إلا بصورة عرضية[1]. وفى أغلب الأحيان وهو بصدد تناول فكرة القصد الاحتمالى[2].

وسوف نعرض لدراسة المقصود بالجريمة متعدية القصد، ثم لمدى إمكانية وقوع الجريمة المتعدية القصد بالامتناع وذلك فى المبحثين الآتيين :

المطلب الأول
مفهوم الجريمة متعدية القصد

تمهيد :

إن السلوك الإنسانى لا يعد جريمة إلا بتوافر شرطين :

الأول : أن يكون مخالفاً لنص تشريعى محدد، **والثانى :** أن يكون منطوياً على إهدار لإحدى المصالح الجوهرية التى أسدل عليها الشارع الجنائى حمايته واعتبر المساس بها جريمة ، ويساهم هذان الشرطان فى احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بصورة تنأى به عن الشكلية المتطرفة وتضعه فى نطاق المنطق الغائى الذى يربط تفسير النصوص القانونية بالغاية التى شرعت من أجلها[3].

والجريمة - بصفة عامة - هى عدوان على مصلحة يحميها القانون ويختص القانون الجنائى بالنص عليها وبيان أركانها والعقوبة المقررة لها[4]. فهى إذن تعنى مخالفة القاعدة الجنائية ، وهى الفعل أو الامتناع الذى يرصد له القانون عقوبة[5].

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لتعريف الجريمة بصفة عامة فقد ثار التساؤل حول المقصود بالجريمة متعدية القصد؟

مفهوم الجريمة متعدية القصد :

تفترض الجريمة متعدية القصد أن الجانى قد توفر لديه القصد الجنائى بعنصريه –العلم والإرادة- لارتكاب جريمة عمدية ذات جسامة معينة إلا أن سلوكه قد أفضى إلى إحداث نتيجة أشد ، لم تنصرف إليها إرادته ولكنها ترتبت على ذلك

---

(1) د. السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص ٣١٢.

(2) د. رمسيس بهنام ، فكرة القصد وفكرة الغاية فى النظرية العامة للجريمة والعقوبة ، مجلة الحقوق ، س٦ ، العدوان الأول والثانى ١٩٥٢ – ١٩٥٣ ، ص ٧٨.

(3) د. حسنين عبيد ، الوجيز فى علم الإجرام وعلم العقاب ، ط ١٩٩٠ – ١٩٩١ ، دار النهضة العربية ، بند ٩ ، ص ١٥.

(4) د. حسنين عبيد ، الجريمة الدولية ، المرجع السابق ، بند ١ ، ص٥.

(5) د. جلال ثروت ، نظرية الجريمة المتعدية القصد فى القانون المصرى والمقارن ، رسالة دكتوراه فى القانون ، جامعة الإسكندرية ١٩٦٥ ، بند ١٧ ، ص ٤٠.

السلوك[1].

فالجريمة متعدية القصد هى صورة من صور الجرائم التى يتعدى الحدث فيها حدود القصد ، ليستقر عند نتيجة أشد جسامة لم يقصدها الجانى أصلاً ، فهى إذن جريمة يقصد الجانى فيها ارتكاب فعل عمدى معين مثل (الضرب والجرح) ولكن –دون أن يقصد الجانى- يترتب على فعله نتيجة أشد جسامة وهى وفاة المجنى عليه ، ومن ثم فهى تتميز بركن الخطأ (القصد المتعدى). وهذا الركن قائم على تجاوز النتيجة للقصد ، ولهذا فإن هذا الركن يفترض بالضرورة تعدد الأحداث فى الجريمة المتعدية[2].

وهذه الجريمة –شأنها شأن أى جريمة أخرى- تقوم على ركنين :

الركن المادى : قوامه الفعل أو الامتناع ، ذلك أن الجريمة المتعدية –إذ هى مخالفة لتكليف يفرضه القانون- لا يتصور أن تقع بغير نشاط إيجابى أو سلبى وهو ما يعبر عنه بالسلوك. ولكن السلوك المشار إليه لا يكفى لتكوين الركن المادى ، إذ أن ممارسة الفعل أو الامتناع يترتب عليها حدوث تغيير فى العالم الخارجى المحيط بالجانى ، وهو ما يطلق عليه تعبير الحدث. ويلزم أخيراً لتوافر الركن المادى وجود علاقة سببية بين الفعل والحدث أى بين الفعل والنتيجة[3].

الركن المعنوى : ويتمثل فى الحالة النفسية التى أتى بها الجانى ذلك الفعل الذى يكون جريمة متعدية ، وهو فى هذه الحالة يأخذ صورة الخطأ الذى يطلق عليها تعبير "القصد المتعدى"[4].

ولقد ثار التساؤل حول مدى مسئولية الجانى عن النتيجة الأشد التى تحققت؟

ويذهب الرأى الراجح فى الفقه[5] إلى انعقاد مسئولية الجانى عنها فى حدود معقولة ومتوسطة لا تصل إلى حد المسئولية الكاملة عنها كما لو كان قد قصد تحقيقها منذ البداية –لما ينطوى عليه ذلك من توسيع لدائرة المسئولية الجنائية تأباه العدالة –ولا تهبط إلى حد انتفاء المسئولية عنها تماماً –لما ينطوى عليه ذلك من تضييق لنطاق تلك المسئولية على نحو يلحق الضرر بالمصلحة المحمية . وتنحصر المسئولية عن تلك النتيجة فى حدود وسطى ، تتحقق بها اعتبارات العدالة ومصلحة المتهم والمجنى عليه.

ومن أمثلة هذه الجرائم فى قانون العقوبات المصرى :

جريمة الضرب أو الجرح المفضى إلى الموت (المادة ٢٣٦ عقوبات)، فالركن المادى فى هذه الجريمة يتألف من الضرب أو الجرح عندما يؤدى إلى الوفاة، ولابد أن تكون النتيجة الجسيمة مرتبطة بالفعل برابطة السببية ، أما الركن المعنوى فهو القصد المتعدى أى انصراف القصد إلى الضرب أو الجرح وليس الوفاة[6]. فالجريمة هنا عمدية منذ البداية ، انصرفت فيها إرادة الجانى إلى المساس بسلامة جسم المجنى عليه –وهى نتيجة أخف- فتحققت نتيجة أشد –وهى الوفاة– ما كان يقصدها منذ البداية ، ولكنها جاوزت قصده ، ومن ثم فقد ساغ لدى بعض الفقهاء تسميتها بالجريمة المتجاوزة قصد الجانى[7]. وعند تحديد مقدار العقاب. قدر المشرع أنها تحتل فى جسامتها منزلة وسطى بين العمد والخطأ ، فقرر لها عقوبة متوسطة الجسامة ، لا تصل إلى حد الأولى ولا تهبط إلى مستوى الثانية وهى الأشغال الشاقة أو السجن التى لا تجاوز مدته

---

(1) د. حسنين عبيد ، دروس فى قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص ٤٤ ، نفس المؤلف ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، المرجع السابق ، بند ٦٥ ، ص ١١١.

(2) د. جلال ثروت ، الجريمة المتعدية القصد ، المرجع السابق ، ص ٨ .

(3) د. جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

(4) د. جلال ثروت المرجع السابق ، ص ٢٠٤ .

(5) د. حسنين عبيد ، دروس فى قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص ٤٤.

(6) د. عبد المهيمن بكر ، القصد الجنائى ، المرجع السابق ، بند ٢٨٥ ، ص ٦١٨ ، د. جميل عبد الباقى الصغير ، جرائم الدم ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ ، وما بعدها .

(7) د. حسنين عبيد ، دروس فى قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص ٤٤.

سبع سنين (المادة ٢٢٦ عقوبات)[1] .

جريمة إعطاء مواد ضار تسبب الوفاة (المادة ٢٣٦ عقوبات) فهذه الجريمة تتكون من ركنين الأول مادى وهو إعطاء المواد الضارة حين تقضى إلى الوفاة ، والثانى معنوى هو قصد المساس بسلامة الجسم دون انصراف القصد إلى الوفاة[2] .

الجرائم المنصوص عليها بالمادتين (١٣٦ ، ١٣٧ عقوبات) التى تتحدث عن التعدى على الموظف العام أو رجل الضبط أو أى إنسان مكلف بخدمة عامة أثناء قيامه بواجبات وظيفته أو بسبب ذلك .

المطلب الثانى
مدى إمكانية وقوع الجريمة المتعدية القصد بالامتناع

تمهيد :

انتهينا إلى أن الجريمة متعدية القصد هى صورة من صور الجرائم التى يتعدى الحدث فيها حدود القصد ، ليستقر عند نتيجة أشد جسامة لم يقصدها الجانى أصلاً.

وترجع الصعوبة فى تحديد إمكانية وقوع الجريمة المتعدية القصد بالامتناع إلى إنكار البعض لصلاحية الامتناع لأن يكون أساساً للنشاط المادى فى الجريمة . وهو ما ذهب إليه الفقه القضاء فى فرنسا ، وذلك على أساس أن الامتناع من قبيل العدم الذى لا تتحقق به رابطة السببية ، فضلاً عن أن إثبات القصد فى جرائم الامتناع أمر يكاد يكون متعذرا[3] .

إلا أننا نؤيد الرأى الذى يرى إمكانية وقوع الجريمة المتعدية القصد بالامتناع.

إمكانية وقوع الجريمة متعدية القصد بالامتناع[4] :

إذا ما انتهينا إلى أن الامتناع نوع من أنواع السلوك المادى ، فلا حرج من الكلام عن جريمة متعدية بالامتناع، طالما أن الفقه الحديث يعترف بقيمة الامتناع السببية فى إحداث النتيجة كالفعل سواء بسواء .

فالقول بأن "العدم لا يرتب إلا العدم" قول صحيح ، ولكن فى حدود جرائم الامتناع قد فهم خطأ، وطبق تطبيقاً غير صحيح ، ذلك أن عدم الفعل ليس معناه العدم، طالما أنه يرتب حدثا، ومن يقل بأنه يساوى العدم إنما يقول بهذا لأنه يحسب أنه غير الحقائق المادية الملموسة لا يوجد شئ ، لا يوجد إلا العدم، بينما الواقع أن هناك حقائق روحية وأخلاقية ومنطقية أشد تأثيرا فى حياتنا من تلك الوقائع المادية[5] .

والحق أنه إذا كان القانون ينهى عن القتل أو الإيذاء، فإنما ينهى عنه كنتيجة، والشارع حريص ألا تقع هذه النتيجة. سواء بواسطة نشاط إيجابى (فعلى) أو نشاط سلبى (امتناع). وهذه الحقيقة لا تنصرف إلى القتل فحسب ولكنها تنصرف إلى كل جريمة لا يتعارض الامتناع مع طبيعتها، ومن ثم يمكن القول بإمكانية وقوع الجريمة متعدية القصد بالامتناع. وهو ما انتهجه الشارع الإيطالى فقد نصت المادة ٤٣ من قانون العقوبات الإيطالى على أن "الجريمة تعد متعدية القصد إذ ترتب على الفعل أو الامتناع حدث ضار (الخطر)"، وعلى ذلك فالامتناع يمكن أن يتولد عنه حدث متعد وليس فى ذلك غرابة ، إذ أن الأحداث تقع نتيجة لفعل أو امتناع وهو الأمر الذى يتفق وطبيعة الأشياء[6] .

ويقول الأستاذ "Bonin" سواء فصلنا بين الفعل أو الامتناع ، أو جمعنا بينهما ، فإن أمرا لا يجب أن يكون موضع

---

(1) د. حسنين عبيد ، دروس فى قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص ٤٤، د. جميل عبد الباقى الصغير ، جرائم الدم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢.

(2) د. جميل عبد الباقى الصغير ، جرائم الدم ، المرجع السابق ، ص ١٨٦.

(3) أ. حسن أبو السعود ، قانون العقوبات المصرى ، القسم الخاص ، جا ، المرجع السابق ، بند ٣٣ ، ص ٣٤.

(4) د. جلال ثروت ، الجريمة المتعدية القصد ، المرجع السابق ، ص ٧٠ وما بعدها ، وقد أشار إليه :

(5) د. جلال ثروت ، الجريمة المتعدية القصد ، المرجع السابق ، ص ٧١ .

(6) د. جلال ثروت ، الجريمة متعدية القصد ، المرجع السابق ، ص ٧٢.

مثلا : هو إمكان وقوع جريمة متعدية بالامتناع[1] .

ويذهب البعض الآخر فى الفقه الإيطالى إلى القول بأن جريمة القتل المتعدى (المادة ٥٨٤ عقوبات إيطالى) – وهى المثال الدقيق للجريمة المتعدية فى القانون الإيطالى – وأن ارتكاب الضرب أو الإيذاء الشخصى يمكن أن يقع بواسطة حركات إيجابية (فعل) أو سلبية (امتناع). وقد تساءلون كيف يتصور أن "يضرب" بواسطة الامتناع ؟ فأجيب : حقاً أن من يمتنع لا يستطيع أن "يضرب" ولكنه يمكن أن يكون "سبباً" فى وقوع الضرب من آخرين ، وذلك عندما يكون ملوماً بمنعهم من إتيان الضرب، ولكنه يحجم عن التدخل لتنفيذ التزامه"[2] .

وينتهى الفقه[3] إلى القول بأنه ليس هناك ثمة ما يمنع أن تقع الجريمة المتعدية القصد بطريقة الامتناع، طالما أننا سلمنا أن الامتناع كالفعل سواء بسواء كل منهما له قيمته السببية فى إحداث النتيجة الإجرامية، ومثال ذلك حينما يحبس شخص آخر فى حجرة ويسد عليه منافذ الهواء قاصداً من ذلك إيذاءه، ثم سرعان ما يموت، وهى نتيجة لا يقصدها الجانى، فتلك هى النتيجة المتعدية التى حدثت بطريقة الامتناع، وكذلك الحال بالنسبة للممرضة التى تمتنع عن إعطاء الدواء للمريض بقصد ازدياد آلام المريض ثم لا يلبث أن يموت، فهذه الوفاة قد جاوزت قصد الممرضة ولم تكن تقويها .

يتضح مما تقدم أن الجريمة متعدية القصد يمكن أن تقع بطريق الامتناع.

المبحث الثانى
القصد المتعدى فى الشريعة الإسلامية
وعلاقته بجرائم الامتناع

تمهيد :

تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية للقصد المتعدى عند الحديث فى مسائل الجناية على الإنسان فهى بحسب خطورتها ثلاثة أنواع[4] : جناية على النفس وهى القتل، وجناية على ما دون النفس وهى الضرب والجرح، وجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه وهى الجناية على الجنين، أو الإجهاض فى اصطلاح القانونيين. وسميت كذلك، لأن الجنين يعد جزءاً من أمه، غير مستقل عنها فى الواقع، ومن جهة أخرى يعد نفساً مستقلة عن أمه بالنظر للمستقبل، لأن له حياة خاصة، وهو يتهيأ لأن ينفصل عنها بعد حين، ويصبح ذا وجود مستقل[5] .

والجنايات على النفوس بحسب القصد وعدمه ثلاثة: عمد، وشبه عمد، وخطأ. فإذا قصد الجانى الجريمة أو الاعتداء، وترتب على فعله حدوث الأثر المقصود، كانت الجريمة عمداً. أما إذا تعمد الاعتداء ولم يقصد حدوث النتيجة، كانت الجريمة شبه عمد (كالضرب المفضى للموت). فإن لم يقصد الاعتداء أصلاً كانت الجريمة خطأ.

وترتيباً على ذلك سوف نتناول القصد المتعدى فى الجريمة شبه العمد ومثالها القتل شبه العمد على النحو التالى :

---

(1) د. جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص ٧٢.

(2) د. جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص ١٣ ، وما بعدها .
(3) د. جلال ثروت ، الجريمة متعدية القصد ، المرجع السابق ، ص ٢٨ .
(4) أ.د . رمضان الشرنباصى ، العقوبات الشرعية ، المرجع السابق، ص ١٧٢-١٧٣.
(5) كشف الأسرار على أصول البزدوى، ص ١٣٥٩ وما بعدها ، ط حسين حلمى .

المطلب الأول
القتل شبه العمد

تمهيد :

جريمة القتل شبه العمد فى الشريعة الإسلامية تقابل جريمة الجرح أو الضرب المفضى إلى الموت فى القانون الوضعى.

ويلاحظ أن تعبير الشريعة الإسلامية بالقتل شبه العمد أصح منطقاً من تعبير القانون لأن القتل شبه العمد يندرج تحته الموت الناشئ عن الجرح والضرب وإعطاء المواد السامة والضارة والتغريق والتحريق والخنق وكل ما يدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجانى وتوفر قصد الاعتداء، ولفظ القتل يدخل تحته كل ما يؤدى للموت.

فاختيار فقهاء الشريعة لهذا اللفظ للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيار موفق لأنها تنتهى جميعاً بالموت، أما لفظ الضرب الذى عبر به القانون الجنائى فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى فإنه لا يمكن أن يندرج تحته غير لك من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسائل كالتغريق والتحريق والخنق .

وفقهاء القانون المصرى يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذى يندرج تحته قانوناً ويلاحظون على نصوص الضرب عموماً قصور ألفاظها عن الإحاطة بما يندرج تحتها[1].

الخلاف الفقهى :

لقد أختلف فقهاء الشريعة فى القتل شبه العمد فالإمام مالك يرى أن القتل نوعان : قتل عمد وقتل خطأ، ويستدل على قوله بكتاب الله الذى لم ينص إلا على العمد والخطأ فقط، فقد جاء فى قوله تعالى: ﴿ يقتل مؤمناً متعمداً﴾ و ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ﴾.

أما الأئمة الثلاثة أبو حنيفة والشافعى وأحمد فيرون أن القتل إما عمداً وإما شبه عمد وما خطأ، فهم يقولون بالقتل شبه العمد ويستدلون بحديث رسول الله ﷺ : ((ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل)).

كما أن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعثمان بن عفان وبعض الصحابة قالوا بالقتل شبه العمد ولم يخالفهم أحد من الصحابة فصار إجماعاً.

تعريف القتل شبه العمد :

عند الحنفية :

يعرف الحنفية القتل شبه العمد بأنه ما تعمدت ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد أو غير ذلك مما يفضى إلى الموت .

وعند الشافعية :

ويعرف الشافعية القتل شبه العمد بأنه ما كان عمداً فى الفعل خطأ فى القتل .

وعند الحنابلة :

بأنه قصد الجناية بما لا يقتل غالباً فيقتل إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير، أو يدفعه بيده أو يلقيه فى ماء يسير أو يصيح بصبى أو معتوه على سطح فيسقطان أو يغتفل عاقلاً فيصيح به فيسقط فهو شبه عمد إذا قتل لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماع العمد والخطأ فيه فإنه عمد الفعل وأخطأ فى القتل .

---

(1) د. عبد الخالق النواوى ، التشريع الجنائى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت صيدا ، ص ٣٧٩.

أركان القتل شبه العمد ثلاثة :

١- فعل يأتيه الجانى فيؤدى لوفاة المجنى عليه .

٢- أن يكون فعل الجانى عمداً بقصد العدوان .

٣- قيام رابطة السببية بين الفعل والموت .

الركن الأول : فعل يأتيه الجانى فيؤدى لوفاة المجنى عليه :

يشترط أن يأتى الجانى فعلاً يؤدى إلى وفاة المجنى عليه أياً كان هذا الفعل ضرباً أو جرحاً ، أو أى نوع آخر من أنواع الإيذاء كالحرق أو إعطاء مواد ضارة أو إغراء حيوان للاعتداء عليه .

ويستوى أن يحدث الفعل أثراً مادياً بجسم المجنى عليه أو اثراً نفسياً يؤدى إلى الوفاة كمن يلقى ثعباناً على شخص فيموت رعباً قبل أن يلدغه، فى هذه الحالة يعتبر الجانى مسئولاً عن جريمة القتل شبه العمد.

الركن الثانى : أن يكون فعل الجانى عمداً بقصد العدوان :

يشترط أن يكون الجانى قد قصد إحداث الفعل (الجرح أو الضرب) المؤدى للوفاة دون أن يتعمد قتل المجنى عليه وهذا هو الفرق بين جريمتى القتل العمد والقتل شبه العمد، إذ فى الجريمة الأولى يكون قصد الجانى قتل المجنى عليه ، أما فى الجريمة الثانية فلا يقصد الجانى القتل وإنما يقصد الاعتداء .

ويستدل على قصد الجانى بالآلة المستعملة فى الاعتداء، فإذا كانت الآلة مما تقتل غالباً فالفعل قتل عمد ما لم يثبت أن الجانى قد قصد القتل ، وإن كانت الآلة لا تقتل غالباً فالفعل قتل شبه عمد ولو قصد الجانى فعلاً القتل لا يكون إلا بالآلة الصالحة لإحداثه.

وبجانب الآلة المستعملة فى الاعتداء كوسيلة لإثبات قصد الجانى فإن شهادة الشهود واعتراف الجانى يعتبران أيضاً من وسائل إثبات القصد الجنائى .

وقد يحدث أن يقصد الجانى الاعتداء على شخص معين فيخطئه ويصيب غيره، فى هذه الحالة اختلف فقهاء الشريعة فى التكييف القانونى لهذه الواقعة .

ففى مذهب أبى حنيفة والشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد أن الجانى يعتبر فى هذه الحالة مسئولاً عن القتل الخطأ إذا توفى المجنى عليه ولا يسأل عن القتل شبه العمد، أما البعض الآخر من الفقهاء فيرى أن الجانى يعتبر مسئولاً عن القتل شبه العمد إذا كان الفعل الذى تعمده محرماً أما إذا كان غير محرم فيسأل عن القتل الخطأ .

وإذا كان الجانى قد أتى الفعل المؤدى إلى الموت برضاء المجنى عليه فللفقهاء أقوال :

فأبو حنيفة يرى مسئولية الجانى عن القتل شبه العمد لأن المجنى عليه أذن للجانى بالجرح ولم يأذن له بالقتل .

ولكن يخالف هذا الرأى بعض أصحاب أبى حنيفة وهما محمد وأبو يوسف، كما يخالفه الشافعى وأحمد ويقولون بعدم مساءلة الجانى عن فعله المؤدى لموت المجنى عليه .

ولا عبرة هنا بالباعث على الاعتداء المؤدى للوفاة سواء كان شريفاً أم خبيثاً إذ لا أثر للباعث على الجريمة أو العقوبة.

الركن الثالث : قيام رابطة السببية بين الفعل والموت :

يشترط أن تتوافر علاقة السببية بين الفعل الذى أتاه الجانى وبين الوفاة، فإذا انعدمت رابطة السببية فلا تقوم جريمة القتل شبه العمد وبالتالى لا يسأل الجانى عن هذه الجريمة وإن كان يصح مساءلته عن جريمة الجرح أو الضرب فقط .

---

(1) د. عبد الخالق النواوى ، المرجع السابق ، ص ٣٨١ وما بعدها .

ويكفى لمساءلة الجانى أن يكون فعله هو السبب الأول فى إحداث الوفاة ولو تعاونت معه أسباب أخرى على إحداث الوفاة مثل ضعف المجنى عليه أو إهماله للعلاج أو إساءة العلاج أو مرض المجنى عليه أو غير ذلك من الأسباب .

المطلب الثانى
الجريمة متعدية القصد بالامتناع فى الشريعة الإسلامية

بادئ ذى بدء لا تفرق الشريعة بين الفعل الإيجابى والسلبى طالما أحدثا محظورات شرعية ، فهى تتميز بوحدة السلوك كما سبق أن أوضحنا فى المفهوم الشرعى للامتناع . ومن ثم فيجرى على الفعل السلبى أو الترك كل القواعد الفقهية الخاصة بالجريمة ومن بينها صلاحية الامتناع لإنتاج جريمة متعدية القصد . فيمكن تصور ذلك عندما يمنع شخص الطعام والشراب عن إنسان ما (محبوس) بغرض الإيذاء. إلا أن فعله ذلك أحدث النتيجة الأشد خطورة وهى القتل، فيعاقب وفقاً للرأى الغالب عند الجمهور (الحنفية، أحمد، الشافعية) بعقوبة (القتل شبه العمد) ، أما عند مالك فيعاقب (بالقتل العمد).

الفصل الثامن
الامتناع ومشكلة الإضراب

المبحث الأول
مشكلة الإضراب فى القانون الوضعى

تمهيد :

الإضراب هو نموذج من نماذج جرائم الامتناع، بل إن مشكلة الإضراب هى البداية لأخطر جرائم الامتناع، والتى أثارت جدلاً فقهياً وقضائياً، وذلك لأن الإضراب بمعنى الامتناع السلمى والتوقف عن العمل لأغراض مهنية قد تختلط به أغراض سياسية، ومن ثم ينقلب هذا السلاح الذى بأيدى العمال كوسيلة ضغط على أصحاب العمل لتلبية مطالبهم المهنية إلى سلاح ذو نصلين هتك به الخاصة وهم العمال القائمون على الإضراب والعامة من المتضررين إثر توقف العمل والإنتاج مما أثر سلباً على مقومات الاقتصاد القومى .

ولعل ما دفعنى إلى تناول مشكلة الإضراب هو ما حدث يوم السادس والسابع من إبريل العام الحالى ٢٠٠٨ بمدينة المحلة الكبرى ، وموجز الوقائع الدعوة عن طريق شبكة المعلومات ببعض المواقع الإلكترونية إلى الإضراب العام والتوقف العام عن العمل وإحداث ما يشبه الشلل العام فى المجتمع المدنى ، وذلك استغلالاً لحالة الغلاء التى تجتاح البلاد والعالم أيضاً ولظروف اقتصادية قاسية ، بهدف الضغط على نظام الحكم من أجل التغيير ، وقد كان محدداً من ذى قبل، ومعلناً أن عمال الغزل والنسيج بشركة المحلة الكبرى سيضربون عن العمل فى هذا العمل حتى يتم الاستجابة لمطالبهم المهنية .

فما الذى حدث ؟؟ حدث أن تحول هذا الإضراب أو الامتناع العام عن أداء الواجبات ومباشرة الأعمال إلى دمار وخراب للممتلكات العامة والخاصة بمدينة المحلة، وقتلى وجرح إثر استغلال تلك الظروف من بعض العناصر الإيثارية من ذوى الميول المناهضة لنظام الحكم ، فالنتيجة أصبحت أن تكبدت الدولة أضراراً جسيمة ممثلة فى تلف ممتلكاتهم وإصابة البعض .

ولعل ما دفعنى أيضاً إلى تناول مشكلة الإضراب بالتحليل والتأصيل الفقهى سابقة قيام عمال السكة الحديد بإضراب عام يومى ٧ ، ٨ من شهر يوليو سنة ١٩٨٦ وأيضاً الإضراب الذى قام به بعض موظفى شركة مصر للطيران .

إذن أصبحنا أمام امتناع عام يطلق عليه إضراب يعكس الخلل التشريعى الخاص بجرائم الامتناع، من حيث عدم وجود نص عام يحدد ضوابط وجرائم الامتناع من ضمن نصوص قانون العقوبات، وأيضاً من ناحية عدم تحديد مصادر الواجب الملزم حتى تتحقق جرائم الامتناع بالإحجام عنه، وهذا يستتبع بيان الركن الشرعى للجريمة من خلال النموذج القانونى المنصوص عليه فى النص الذى يحدد جرائم الامتناع.

ومن أجل ذلك شرعنا فى دراسة الإضراب من هذه الزاوية التى تخص بحثنا وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : ماهية الإضراب ومدى مشروعيته .

- الفرع الأول : تعريف الإضراب .
- الفرع الثانى : مشروعية الإضراب فى القانون المقارن .
- الفرع الثالث : مدى مشروعية الإضراب فى القانون المصرى .

المطلب الثانى : أركان الإضراب .

- الفرع الأول : الركن الشرعى .
- الفرع الثانى : الركن المادى .
- الفرع الثالث : الركن المعنوى .

المطلب الثالث : ضوابط الإضراب

المطلب الرابع : مناقشة حكم أمن الدولة العليا الخاص بإضراب موظفى السكة الحديد .

المطلب الأول
ماهية الإضراب ومدى مشروعيته

تمهيد :

ارتبط الإضراب فى العصر الحديث بالنهضة الصناعية حيث ظهر الإضراب كسلاح فى أيدى العمال، وخاصة بعد إنشاء النقابات العمالية، ويستخدم للضغط على أصحاب العمل لتحقيق مطالبهم المهنية.

وسوف نتعرض فى هذا البحث إلى تعريفات الإضراب فى القانون المقارن وكذا القانون المصرى، وأيضاً مشروعيته فى القانون المقارن ومدى مشروعيته فى القانون المصرى .

الفرع الأول
تعريف الإضراب

لم يحدد المشرع فى معظم الدول التى تعتنى بالإضراب معنى محدداً للإضراب تاركاً ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء ، بينما الدول التى تحرمه فقد قاربت من معناه مثل المشرع المصرى الذى نص فى المادة ١٢٤ ق.ع " إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين عملهم ولو فى صورة استقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين فى ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم ....".

فالمشرع وضع ترك العمل ولو فى صورة استقالة أو الامتناع العمدى عن تأدية واجبات الوظيفة بشرط الاتفاق على ذلك أو ابتغاء غرض مشترك بينهم كتعريف للامتناع أو الإضراب .

وسوف نتعرض بإيجاز لبعض التعريفات الفقهية للإضراب .

أولاً : التعريفات الفقهية :

١- الفقه الفرنسى :

تعددت التعريفات الفقهية وذلك بسبب رغبة كل فقيه فى إظهار عنصر معين أو مجموعة العناصر التى يتكون منها الإضراب، وقد ذهبت الاستاذه (سيناى)(1) إلى أن الإضراب هو رفض جماعى ومدبر للعمل يعبر عن نية العمال فى الخروج مؤقتاً على شروط العقد لإنجاح مطالبهم .

وبالرغم من بيان هذا التعريف لعناصر الإضراب من كونه رفضاً جماعياً باتفاق مسبق مقصود به التعبير عن مطالب العمل وتحقيقها، إلا أنه لم يحدد نوعية هذه المطالب، ومن ثم يتسع هذا التعريف ليشمل المطالب المهنية والمطالب السياسية .

وقد أكدت هذا المعنى فى تعريف حديث لها بالاشتراك مع الأستاذ "جافيليه" إلى أن الإضراب هو وسيلة ضغط للحصول على مطالب يعبر عنها برفض جماعى لعمل تابع .

٢- الفقه المصرى :

تعددت التعريفات الفقهية بالنسبة للإضراب فذهب البعض إلى أنه " الإضراب ليس عملاً إيجابياً بل هو امتناع يقصد به وقف سير العمل فى المصنع، فيتعذر على صاحب العمل إجابة الطلبات على منتجاته مما يعرضه لفقد عملائه ويعطل رأسماله خلال فترة الإضراب ، وقد يؤدى أحياناً إلى إفساد ما لديه من مواد أولية أو منتجات سريعة التلف الأمر

---

(1) د. السيد عيد نايل: مدى مشروعية الإضراب وأثره على العلاقات التعاقدية، دراسة مقارنة، كلية حقوق عين شمس، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبه طبعة عام ١٩٨٨، ص ١٢ وهامش رقم ١ ، ٢ .

الذى يكبد صاحب العمل الخسائر الكثيرة ويحمله على التساهل مع عماله وإجابة مطالبهم[1] . وهذا التعريف حدد الإضراب بأنه امتناع ولكن حصره فى المصانع.

وذهب الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى إلى تعريف الإضراب بأنه " اتفاق بعض العمال على الامتناع عن العمل مدة من الزمن دون أن تنصرف نيتهم إلى التخلى عن وظائفهم نهائياً بقصد إظهار استيائهم من أمر من الأمور أو الوصول إلى تحقيق بعض المطالب لاسيما المتعلقة بالعمل كرفع الأجور[2] . إلا أن هذا التعريف جعل من الاتفاق المسبق من العمال عنصراً فى الامتناع ذاته .

وذهب رأى ثالث[3] ، بأن الإضراب هو امتناع العمال عن العمل امتناعاً إرادياً ومدبراً لتحقيق مطالب مهنية . وهذا التعريف قد حدد عناصر الإضراب بوضوح كبير .

ثانياً : التعريفات القضائية :

١- محكمة النقض الفرنسية :

الإضراب فى فرنسا أحد الحقوق الدستورية وقد كفل ممارسته ووضع القيود والضوابط بشأن ممارسته، ومن ثم فقد تعرضت محكمة النقض الفرنسية لتعريف الإضراب فى العديد من أحكامها .

وقد استقرت على وضع تعريف -ضيق- للإضراب بأنه " طريقة للدفاع عن المصالح المهنية"[4].

وفى حكم آخر بأنه توقف مدبر عن العمل بغرض تأييد مطالب مهنية محددة سلفاً رفض صاحب العمل تحقيقها[5] .

وفى أحد أحكامها قررت بأنه " الامتناع الجماعى المدبر عن العمل احتجاجاً ضد المعاملة القاسية للعمال يشكل إضراباً..." [6] ،.

وهذا الحكم الأخير هو الذى يهمنا فى مجال بحثنا ، حيث اعترفت محكمة النقض بأن الإضراب هو الامتناع الجماعى المدبر عن العمل . وهذا التعريف هو الفيصل بين الإضراب المشروع وغير المشروع فإذا ما تحددت وتوافرت عناصره فى هذا التعريف صار مشروعاً ومتفقاً مع الحق الدستورى فى فرنسا . وإذا لم تتوافر هذه الشروط صار عملاً ضاراً ينبغى التصدى له.

٢- محكمة أمن الدولة العليا :

محكمة النقض المصرية لم تتعرض لهذا التعريف -حسب علمنا- وإنما تعرضت له محكمة أمن الدولة العليا طوارئ ، حال نظرها فى قضية إضراب عمال السكة الحديد الشهيرة عام ١٩٨٦ وأصدرت حكمها فى ١٩٨٧/٤/١٦[7] . بأنه : " <u>الامتناع الجماعى المتفق عليه بين مجموعة من العاملين عن العمل لفترة مؤقتة لممارسة الضغط والاستجابة لمطالبهم</u>" .

وهذا التعريف قد حدد عناصر الامتناع أو الإضراب فى مجموعة من العاملين المضربين عن العمل، وهذا يشمل جميع العاملين فى الهيئات العامة التابعة للدولة أو القطاع الخاص، واشترط فترة مؤقتة ولم يحددها وذلك بغرض الضغط

---

(1) د . محمد حلمى مراد: قانون العمل، جـ٢ طبعة ١٩٥٢، ص ٤١٧.

(2) د. سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثانى، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، طبعة سنة ١٩٧٣، ص١٧٧.

(3) د. محمود جمال الدين زكى: قانون العمل، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٨٣٢ ، ص ٨٠٤.

(4) Cass. Soc . 28 Juin . 1951 . dr .soc . 1951 , p.532.

(5) Cass Soc . 30 Oct . 1963 . D . 1964 . 3 .

(6) Cass Soc . 26 Oct . 1977 . Bull . Civ. Y. no 565 p . 452.

(7) تتلخص وقائع الدعوى فى إضراب عدد ٣٧ من العاملين بالهيئة القومية للسكة الحديدية عن العمل يومى ٧ ، ٨ من شهر يوليو سنة ١٩٨٦ بهدف الضغط على الحكومة لاستجابة مطالبهم المهنية بتقرير كادر خاص لهم وزيادة الحوافز والتأمين اصحى وتحررت عن الواقعة القضية رقم ٤١٩٠ لسنة ٨٦ ج الأزبكية (١٢١ كلى شمال القاهرة).

حتى تُستجاب مطالبهم . ويخرج بطبيعة الحال من هذا التعريف الطوائف الأخرى التى لم يشملها التعريف .

وفى رأينا : أن كلا التعريفين تعريف الإضراب بأنه امتناع، وحصره على العاملين، وحدد واجب الامتناع وهو أداء العمل الملزم تجاههم ، وقصد الامتناع لفترة مؤقتة ، وتترك لقاضى الموضوع، حتى لا تتفاقم الأضرار الناجمة عن توقف العمل لكلا الطرفين: العمال وأرباب الأعمال، ويظهر من خلال التعريفات أنه له نتيجة محددة وهى مطالب مهنية خاصة بالعمال لا غيرهم، وأن يكون سلمياً ومنظماً محدداً أهدافه . وفى تصورنا أن هذه هى ضوابط الإضراب، وأما ما خرج عن ذلك فيتم تجريمه فوراً.

الفرع الثانى
مشروعية الإضراب فى القانون المقارن

الدول الرأسمالية التى يقوم نظامها على توازن القوى تعترف بحق الإضراب للعمال كأحد وسائل تحقيق التوازن الاجتماعى[1] . بينما الدول الاشتراكية التى يقوم نظامها على تملك الدول لوسائل الإنتاج وعدم وجود صراع بين قوى الإنتاج لا تعترف بالإضراب .

وحق الإضراب هو مكفول للعمال بنص الدستور فى دول أوربا الغربية وأيضاً فى الدول الصناعية الكبرى مثل كندا واستراليا وأمريكا واليابان والهند.

وفى بعض الدول مثل أسبانيا وإيطاليا يعترف الدستور بحق الإضراب، ولا يوجد تشريع يحد ذلك المضمون أو طرق ممارسة الإضراب، ومن ثم يترك لقاضى الموضوع ليحدد مدى شروط ممارسة حق الإضراب[2] . وفى بعض الدول مثل أمريكا وفرنسا يقوم المشرع بتحديد طرق ممارسته وحدوده[٣] .

ومعظم هذه الدول احتوت قوانينها طرقاً عديدة لتسوية منازعات العمل الجماعية حتى تحد من اللجوء إلى الإضراب، وبعض الدول الأخرى تحرم ممارسة الإضراب على موظفى الدولة مثل أمريكا، وقد تحدد ذلك بمقتضى قانون " لاندروم – جرفين" الصادر فى عام ١٩٥٩.

وفى فرنسا تعترف للموظفين العموميين بحق الإضراب لكنه يشترط الإعلان المسبق وعن طريق النقابة، وأن يتم الإعلان قبل الإضراب بخمسة أيام مع بيان غرض الإضراب ومكانه وتاريخه ، ويحرم المشرع الفرنسى الإضراب على بعض الطوائف من الموظفين العموميين مثل رجال البوليس والقضاء والملاحة الجوية.

ونود الإشارة إلى أن الإضراب لم يتم الاعتراف به مرة واحدة، ولكنه مر بمراحل من التجريم إلى التقييد إلى الإباحة، ولكن بضوابط وذلك حفاظاً على الصالح العام.

الفرع الثالث
مدى مشروعية الإضراب فى القانون المصرى

بعد أحداث ١٨ ، ١٩ يناير سنة ١٩٧٧ صدر القرار رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ والذى سمى بقانون " حماية أمن الوطن والمواطن" وتضمنت مادته السابعة حكماً يحظر الإضراب بصفة عامة إذا كان من شأنه تهديد الاقتصاد القومى وجعل عقوبة الإضراب الأشغال الشاقة المؤبدة ، حيث كان النص كالآتى : "يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة العاملون الذين يضربون عن عملهم عمداً متفقين فى ذلك أو مبتغين غرضاً مشتركاً إذا كان من شأن هذا الإضراب تهديد الاقتصاد القومى".

---

(1) د. ناصف إمام هلال: إضراب العاملين بين الإجازة والتجريم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس سنة ١٩٨٤، ص٦٧

(2)، (٣) د. السيد عيد نايل: مدى مشروعية الإضراب، المرجع السابق، ص ٥٨ - ٥٩ .

هذا النص يشمل جميع العاملين بالدولة، كما أن الاقتصاد القومى وتهديده عبارة مطاطه بحيث تشمل كل حالة إضراب .

إلا أنه بعد التصديق على الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فى ١٩٨١/١٢/٨ والنشر بالجريدة الرسمية فى ١٩٨٢/٤/٨ وبدء العمل بالاتفاقية من تاريخ ١٩٨٢/٤/١٤ فأصبح لها قوة القانون خاصة بعد موافقة مجلس الشعب عليها .

وما يهمنا فى مجال بحثنا فى الاتفاقية المادة الثامنة الخاصة بتعهد الدول الأطراف فى الاتفاقية بكفالة الحق فى الإضراب ويمارس طبقاً لقوانين القطر المختص ".

كما تنص المادة الخامسة من الاتفاقية على أنه " ليس فى الاتفاقية الحالية ما يمكن تفسيره بأنه يجيز لأية دولة أو جماعة أو شخص أى حق فى الاشتراك بأى نشاط أو القيام بأى عمل يستهدف القضاء على أى من الحقوق أو الحريات المقررة فى هذه الاتفاقية أو تقييدها لدرجة أكبر مما هو منصوص عليه فى الاتفاقية الحالية" .

ومن ثم أصبح الإضراب مباحاً فى مصر بدءاً من تاريخ نفاذ هذه الاتفاقية ولم يعد يشكل جريمة تطبيقاً لنص م ٦٠ من ق.ع " لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة مما يجعل الإضراب استعمالاً لحق مقرر، ومن ثم فهو سبب إباحة ولا يخضع للتجريم ومن ثم لا يخضع للعقاب" .

المطلب الثانى
أركان الإضراب

بعد أن أصبح الإضراب مباحاً وقد أقرته محكمة أمن الدولة العليا ينبغى بيان عناصره حتى تتوافر مشروعيته ، وإذا ما انتفت تحول الامتناع من مباح إلى مُجرم .

وبمعنى آخر أقر المشرع بالامتناع واعترف به بأنه حق من الحقوق المكفولة للمطالبة بالحقوق ، ومن ثم فهو ليس عدماً ولكنه حدده فى قالب قانونى فأصبح له شكل قانونى، وهذا ما نود بيانه من أن الامتناع مفهوم طبيعى وقانونى فى آن واحد كما بينا من قبل .

وهذا الامتناع المباح فى نظر القانون إذا ما خالف ضوابطه أصبح هذا الامتناع مُجرماً، فهذا هو الاعتراف به على صوريته وهذا ما نود التأكيد عليه، لأنه سيدعم رأينا الذى ننادى به من ضرورة وضع نظرية عامة للامتناع من ضمن نصوص قانون العقوبات . ولا يترك الامتناع لنصوص متناثرة فى مختلف فروع القوانين المختلفة . لأن هذا المطلب أصبح ضرورياً لمواجهة كافة التطورات فى مختلف مجالات الحياة والتقدم المذهل فى التكنولوجيا، ومن ثم ينبغى على المشرع مسايرة هذا التطور والتدخل السريع لإصلاح هذا الميل بالنسبة للصياغة التشريعية فيما يخص جرائم الامتناع والتى أصبحت أكثر فتكاً من الجرائم الإيجابية .

وللإضراب ثلاثة عناصر أو أركان: أولها الركن الشرعى والثانى الركن المادى والثالث الركن المعنوى .

الفرع الأول
الركن الشرعى

الإضراب لكى يكون مباحاً وفى إطاره لابد أن يكون استعمالاً لحق مقرر بنص الشريعة إعمالاً لنص م ٦٠ من قانون العقوبات، وإذا ما خرج عن ذلك صار تحت الإضراب غير الشرعى، أى انتفت صفة الشرعية ومن ثم يكون مجرماً ويقع تحت طائلة القوانين .

أى أن الركن الشرعى فى الإضراب يجب أن يكون استعمالاً لحق ، وممارسة هذا الحق تخضع للقواعد العامة لاستعمال الحق والذى يعد أحد أسباب الإباحة المقررة فى قانون العقوبات ، فقد نصت المادة ٦٠ من قانون العقوبات على

أنه "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة".

وهذا النص يستلزم توافر شرطين لإباحة استعمال الحق: الأول ثبوت وجود الحق طبقاً للقانون ، والثانى أن يكون الفعل هو الوسيلة المشروعة لاستعمال الحق .

الشرط الأول : الوجود القانوني للحق :

وهذا الشرط له عنصران يلزم تحديدهما، أولهما: ما المقصود بالحق ؟ ، والثانى مصدر هذا الحق.

أولاً: المقصود بالحق :

ثار خلاف بين الفقهاء بسبب النص الوارد بالمادة ٦٠ من ق.ع وبين نص المادة السابعة، من قانون العقوبات " لا تخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الغراء".

ويرى الأستاذ الدكتور فتوح الشاذلى[1] أن نص م ٦٠ يكمل نص المادة السابعة فنص المادة يقتصر نطاقه على الحقوق التى تقررها الشريعة الإسلامية فيما تسرى فيه أحكامها ، باعتبارها جزءاً من النظام القانونى العام فى مصر فى وضعه الراهن ، أما نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات فالقصد منه حسم الخلاف الذى ثار فى المحاكم حول الاعتراف بأثر بعض الحقوق التى تقررها الشريعة الإسلامية فى الإباحة ، ولكن نطاقه يهدف إلى تقرير القاعدة العامة فى اعتبار استعمال الحقوق التى ترد فى القانون سبباً للإباحة .

وأن لفظ الشريعة الوارد بنص المادة ٦٠ لا يقصد به الشريعة الإسلامية فحسب ، وإنما يقصد به التشريع أو القانون الذى يعد مصدراً للحق ، بل يمكن القول بأن نطاق المادة السابقة يشمل الحقوق المستمدة من الشريعة الإسلامية فى المجالات التى تعتبر فيها قانوناً وفقاً للنظام القانونى المصرى، وأهم هذه المجالات تصنيف كافة الحقوق التى يعترف بها أى فرع من فروع النظام القانونى .

ثانياً: مصدر الحق :

يمكن القول بأن كل حق يقرره نص صريح فى القانون، أو يستفاد وجوده من مجموع نصوص القانون التى تعد تطبيقات للمبادئ القانونية العامة ولا تخالف روح التشريع ، يصلح لأن يكون سبباً لإباحة الأفعال التى يحرمها القانون . ومن ثم يجوز أن يكون الحق مستفاداً من مجموع النصوص والقواعد القانونية التى يتكون منها النظام القانونى العام للدولة ولو فى صورة ضمنية.

ويبقى التساؤل عن دور العرف فى مجال الإباحة ، فمن المستقر عليه أن العرف لا يعطل نصاً جنائياً أو يلغيه أو جزئياً[2] ومن ثم لا يمكن أن يصل إلى حد كونه أحد المصادر المباشرة للحقوق التى يعد استعمالها سبباً للإباحة .

الشرط الثانى : الاستعمال المشروع للحق :

لابد أن يكون استعمال صاحب الحق مشروعاً فى الإطار والحدود التى رسمها القانون المنشئ لهذا الحق وبالقيود التى يفرضها فيقصد ذلك مادياً ومعنوياً.

فمن حيث التقيد بالحدود المادية للحق لابد أن يلتزم صاحب الحق عند ممارسته بصحة شروط الممارسة، وهذا يستتبع بالتبعية اختلاف نطاق الممارسة حسب نطاق كل حق وكيفية ممارسته . ويمكن القول أن استعمال الحق لا يجوز إلا لصاحب الحق دون غيره.

فمن حيث التقيد المعنوى فيشترط أن يكون استعمال صاحب الحق لحقه بنية سليمة، والمقصود بسلامة النية أن

---

(1) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق ، ص ٢٥٣.

(2) د.فتوح الشاذلى: المرجع السابق، ص ٢٥٧.

يكون غرض صاحب الحق من الفعل منصرفاً إلى استعمال حقه . فلكل حق غايته التي تعد بمثابة العلة من وراء تقرير هذا الحق، أما إذا كان صاحب الحق يبغى غرضاً غير الذى استهدفه القانون كان الاستعمال بسوء نية تجاوز الحد المعنوى لممارسة حقه[1].

ويطبق على استعمال الحق كسبب للإباحة نظرية الجهل بالإباحة، فصاحب الحق يستفيد من الإباحة إذا كان فعله استعمالاً مشروعاً لحقه ولو كان يجهل أنه صاحب حق يخوله إتيان الفعل الذى ارتكبه.

الخلاصة :

من استعراض الركن الشرعى للإضراب فى ممارسة الحق يمكن القول بأن الإضراب إذا خضع تحت إطار القواعد العامة سالفة البيان كان مباحاً، وإذا تجاوز الإطار خرج من نطاق الإباحة إلى نطاق التجريم حسب التكييف القانونى للوقائع.

الفرع الثانى

الركن المادى (العنصر المادى)

الركن المادى للإضراب يتطلب شرطين: أولهما التوقف عن العمل والثانى الجماعية فى التوقف عن العمل .

الشرط الأول : التوقف عن العمل (الامتناع) :

فجوهر سلوك الإضراب هو الامتناع كما أن جوهر سلوك الامتناع فى قواعده العامة هو الإحجام عن القيام بواجب ملزم فى ظروف معينة قررها المشرع . فالتوقف يعنى عدم تنفيذ العمل العادى الذى كلفوا به ويقتضى ذلك أن يكون العمال ملزمين قانوناً بتنفيذ العمل الذى تم الإضراب عنه بصرف النظر عن مصدر الإلزام .

ويخرج بالتبعية من نطاق الإضراب الامتناع عن العمل غير الملزمين به، فلا يتحقق إذن الإضراب أو الامتناع لسقوط معنى الإحجام بمعناه القانونى ، كما لا يعد إضراباً التنفيذ البطىء للعمل .

والصورة العادية للتوقف عن العمل تتمثل فى التوقف الكامل بمعنى الامتناع عن الذهاب إلى مكان العمل مدة معينة[2] وهذه الصورة هى محل اتفاق على مشروعية الإضراب .

إلا أن هناك صوراً أخرى للإضراب غير متفق عليها فقهاً أو قضاءً وذلك فى الفقه الفرنسى حيث يوجد هناك الإضراب السياسى والإضراب المتتابع والإضراب التوفيقى والمستتر والصامت والتكاسل وإضراب ساعات العمل من الإضرابات غير المشروعة ، كما يعتبر الفقه أيضاً العمال الذين يضربون إضراباً فجائياً أو إضراباً يصاحبه احتلال المنشأة قد ارتكبوا خطأً فادحاً[3] . وهذا ما استقر عليه قضاء التحكيم وقضاء محكمة النقض فى فرنسا ، فلابد من توافر شروط الشرعية فى الإضراب حتى يكون فى الإطار المشروع ولا يتعدى آثاره إلى التأثيم ومن ثم فرض العقوبات .

التوقف الجماعى :

بديهى أن يكون التوقف جماعياً، فلا يتصور أن يكون من أحد العمال فقط، أما إذا تجمع حوله عدد من العمال وامتنعوا عن العمل فقد أصبح التوقف جماعياً.

ولهذا الشرط (الجماعية) معياران : **الأول:** عضوى بمعنى اختصاص النقابات العمالية فقط بتنظيم الإضراب وإعلانه ، **والثانى** : عددى أى امتناع عدد من العمال حتى شكلوا إضراباً سواء كانوا فى شكل نقابة عمالية أم مجموعة

---

(1) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، ص ٢٥٩ وما بعدها.

(2) د. السيد عبد نايل: مشروعية الإضراب، المرجع السابق، ص ٢١ .

(3) د. على عوض حسن، د. خالد عبد الفتاح محمد، موسوعة شرح قانون العمل الجديد ، المجلد الثالث، طبعة دار الحقانية القاهرة، ص ٢٣٢.

واقعية[1] .

والمشرع المصرى أخذ بالمعيار العددى فى تحديده للإضراب، وهذا مستفاد من نص المادة ١٢٤ من قانون العقوبات إذ تنص " إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ولو فى صورة استقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب .... الخ". فقد حدد المشرع اقل عدد للإضراب هو ثلاثة[2] .

وينبغى الإشارة أن صفة الجماعية لا تنشأ عن هذا العدد بل لابد من توافق تصرف العمال المضربيين مع الراى العمالى، وأن يكون امتناع كل عامل من العمال لذات السبب الذى تم الامتناع من أجله، وهذا يظهر من نص الاتفاق والابتغاء من أجل تحقيق غرض مشترك ، المنصوص عليه فى المادة السابقة .

أما إذا قل العدد عن الثلاثة ولم ينصهر معه العدد اللازم لتكوين الإضراب أو الامتناع، أو بمعنى آخر هذا الامتناع لم يلق قبولاً من العمال الباقين، فإن هذا التصرف يعد خطأ جسيماً.

الفرع الثالث

الركن المعنوى

يشترط للتوقف الجماعى عن العمل توافر عدة عناصر حتى يكون إضراباً مباحاً وهى كالآتى :

أولاً: نية الإضراب :

ويقصد بنية الإضراب انصراف قصد العامل إلى خرق شروط عقد العمل بالامتناع عن العمل الملزم به ، ويخرج بالتبعية التوقف الجماعى لقوة قاهرة أو لاعتقاد البعض أن أيام التوقف كانت إجازة .

ثانيا: تدبير الإضراب :

وقد عبرت عنه المادة ١٢٤ بالعبارة " متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك ...." . ويستفاد من ذلك أن التدبير سابق على الإضراب ، أو تتلاقى النوايا حول الإضراب .

ثالثا : المطالب المهنية والاقتصادية والاجتماعية[3] :

أى أن يكون الباعث على تنظيم الإضراب تحقيق مطالب مهنية وهى التى تشتمل على كل ما يتعلق بمصالح العمال سواء نشأت هذه المصالح عن عقد العمل أو لمجرد الرغبة فى تحسين ظروف العمل بصفة عامة.

أما إذا كانت المطالب المهنية تتجاوز قدرات صاحب العمل أو خارج حدود مشروعة فإن ذلك يعتبر احتجاجاً على الدولة وبالتالى يكون إضراباً غير مشروع .

ومن ثم يخرج من الإضراب إذا كانت أغراضه غير مهنية، أى إذا كانت أغراضاً سياسية أو خلاف ذلك .

---

(1) د. السيد عيد نايل: المرجع السابق، ص ٣٥ .
(2) د. السيد عيد نايل: المرجع السابق، ص ٤٠ .
(3) نص م ١٩٢ من قانون العمل الجديد ١٢ لسنة ٢٠٠٣ .

المطلب الثالث
ضوابط الإضراب

المادة ١٩٢ من قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ تنص على أن للعمال حق الإضراب السلمى، ويكون إعلانه وتنظيمه من خلال منظماتهم النقابية دفاعاً عن مصالحهم المهنية والاقتصادية والاجتماعية، وذلك فى الحدود وطبقاً للضوابط والإجراءات المقررة فى هذا القانون .

وفى حالة اعتزام عمال المنشأة ذات اللجنة النقابية الإضراب فى الأحوال التى يجيزها هذا القانون ، يجب على اللجنة النقابية -بعد موافقة مجلس إدارة النقابة العامة المعنية بأغلبية ثلثى عدد أعضائه – إخطار كل من صاحب العمل والجهة الإدارية المختصة قبل التاريخ المحدد للإضراب بعشرة أيام على الأقل وذلك بكتاب مسجل بعلم الوصول .

فإذا لم يكن بالمنشاة لجنة نقابية يكون الإخطار باعتزام العمال الإضراب للنقابة العامة المعنية ، وعلى الأخيرة بعد موافقة مجلس إدارتها بالأغلبية المنصوص عليها فى الفقرة السابقة القيام بالإخطار المشار إليه .

وفى جميع الأحوال يتعين أن يتضمن الإخطار الأسباب الدافعة للإضراب والمدة الزمنية المحددة له.

والضوابط التى حددتها على حق الإضراب ما يلى[1] :

أولاً: لا يجوز أن يتم الإضراب بمبادرة من العمال أنفسهم دون إشراك المنظمة النقابية معهم وهى عادة اللجنة النقابية العمالية، فإذا لم توجد فالنقابة العامة للعمال التى ينتمون إليها.

ثانيا: أن يكون الإضراب سلمياً ومن خلال هذه المنظمات النقابية التى أشرنا إليها .

ثالثاً: ألا يكون الغرض من الإضراب تعديل اتفاقية جماعية للعمل أثناء مدة سريانها .

رابعاً: ألا يكون الإضراب فى أى مرحلة من مراحل إجراء المفاوضة الجماعية أو الوساطة أو التحكيم .

خامساً: ألا يكون الإضراب فى منشأة استراتيجية أو حيوية يترتب على توقف العمل فيها الإخلال بالأمن القومى أو بالخدمات الأساسية التى تقدمها للمواطنين .

سادساً : أن تحصل اللجنة النقابية بالمنشاة على موافقة أغلبية ثلثى أعضاء مجلس النقابة العامة على الإضراب .

سابعاً: إخطار صاحب العمل بالموعد المحدد للإضراب قبل القيام به بعشرة أيام على الأقل بكتاب مسجل بعلم الوصول .

ثامناً: إخطار مديرية القوى العاملة المختصة ووزارة القوى العاملة قبل التاريخ المحدد للإضراب وذلك بعشرة أيام على الأقل بكتاب مسجل بعلم الوصول .

تاسعاً: أن يبين فى الإخطار الأسباب الداعية للإضراب والمدة الزمنية المحددة له.

المطلب الرابع
المبادئ التى أقرتها محكمة أمن الدولة العليا

نستعرض فى هذا المبحث أهم المبادئ التى أقرتها وطبقتها محكمة أمن الدولة العليا حين نظرت القضية رقم ٤١٩٠ لسنة ١٩٨٦ الأزبكية (١٢١ كلى شمال القاهرة) وتتلخص وقائع الدعوى [2] التى صدر فيها هذا الحكم فى قيام ٣٧ عاملاً من العاملين بالهيئة القومية للسكك الحديدية بالإضراب عن العمل فى يومى ٧ ، ٨ /١٩٨٦/٧ بهدف الضغط على الحكومة للاستجابة لمطالبهم المهنية وتتمثل فى تقرير كادر خاص لهم وزيادة الحوافز والتأمين الصحى والتأمين على الحياة.

---

(1) د. على عوض حسن، د. خالد عبد الفتاح: المرجع السابق ، ص ٢٣٩-٢٤٠ .
(2) د. السيد عيد نايل: المرجع السابق، ص ٨٨، وهامش رقم (١).

وقد اتهمت النيابة العمال المضربين بتعطيل سير قطارات السكك الحديدية ، والإضرار بالأموال العامة عمداً ، والامتناع عن تأدية واجبات وظائفهم متفقين في ذلك ومبتغين تحقيق غرض مشترك وطالبت بتطبيق المادة ١٣٤ من قانون العقوبات عليهم .

وبعد التحقيق وسماع الشهود قضت المحكمة ببراءة جميع المتهمين مما اسند إليهم . وقد جاء فى هذا الحكم ما يلى:

" وحيث أنه بالنسبة للدفع بانتفاء الركن الشرعى تأسيساً على أن المادة ١٢٤ من قانون العقوبات قد ألغيت بالقرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ وأن هذا القرار قد الغى بدوره بالقرار بقانون رقم ١٩٤ لسنة ١٩٨٣ فمردود ذلك بأن إلغاء القانون قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، ويشترط فى هذه الحالة وجود تعارض حقيقى بين القانونين اللاحق والسابق بحيث لا يمكن تطبيق حكم كل منهما فى نفس الوقت، لأن التعارض الذى يستتبع إلغاء نص تشريعى بنص فى تشريع لاحق لا يكون إلا إذا ورد النصان على محل واحد، ويكون من المحال إهمالهما فيه معاً. أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون فى محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص فى التطبيق . ولما كانت المادة ٧ من القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ قد نصت على أنه : " يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة العاملون الذين يضربون عن عملهم عمداً متفقين فى ذلك أو مبتغين تحقيق غرض مشترك إذا كان من شأن هذا الإضراب تهديد الاقتصاد القومى". ونصت المادة ٩ من ذات القرار بقانون على أن " يلغى كل ما يخالف ذلك من أحكام" . وحيث أن مفهوم المادة السابعة سالفة الذكر يعنى أنه يشترط لأعمالهم أن يكون هناك إضراب من العاملين أياً كانت صفتهم وأن يكون هذا الإضراب مما يهدد الاقتصاد القومى فى حين أن المادة ١٢٤ من قانون العقوبات تنص على أنه " إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ، ولو فى صورة الاستقالة ، أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم ..... الخ" . أى يقتصر تطبيقها على الموظفين أو المستخدمين العموميين وأنها تؤثم الإضراب بكافة صورها ، سواء هدد الاقتصاد القومى أو لم يهدد .

وعلى ذلك فإن النص على إلغاء كل ما يخالف المادة السابعة من القرار بقانون ٢ لسنة ١٩٧٧ لا ينصرف بداهة إلى المادة ١٢٤ من قانون العقوبات ، وذلك لاختلاف مجال تطبيق كل منهما ، فإذا نص القرار بقانون رقم ١٩٤ لسنة ١٩٨٣ على إلغاء القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ ، فإن هذا الإلغاء لا يمس بحال من الأحوال المادة ١٢٤ من قانون العقوبات التى لم يسبق إلغاؤها كما سبق البيان .

وحيث إنه بالنسبة لنسخ المادة ١٢٤ ضمنها بالاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فإن مصر قد وقعت عليها ونصت المادة الثامنة منها على أنه " تتعهد الدول الأطراف فى الاتفاقية الحالية بأن تكفل أ...... ب ......ج ......

د- الحق فى الإضراب على أن يمارس طبقاً لقوانين القطر المختص ....الخ .

وهذا النص قاطع الدلالة فى أن على الدول المنضمة للاتفاقية التزاماً بأن تكفل الحق فى الإضراب، بمعنى أنه صار معترفاً به كحق مشروع من حيث المبدأ ولا يجوز العصف به كليا وتحريمه على الإطلاق ، وإلا كان ذلك مصادرة كاملة للحق ذاته، وما تملكه الدول المنضمة للاتفاقية لا يعدو أن يكون مجرد تنظيم ذلك الحق المقرر بحيث تنظم التشريعات الداخلية طريق ممارسة ذلك الحق ، وهناك فرق بين نشأة الحق ووضع قيود على ممارسته ، وعدم وضع تنظيم لذلك الحق لا يعنى على الإطلاق العصف به أو تأجيله لحين وضع تلك النظم، وإلا استطاعت أية دولة التحلل عن التزامها بعدم وضع تنظيم لممارسة ذلك الحق.

ولا ينال من هذه النتيجة مبدأ التدرج الذى قررته المادة الأولى من الاتفاقية فى فقرتها الرابعة. فقد نصت تلك الفقرة على أن " تتعهد كل دولة طرف فى الاتفاقية الحالية أن تقوم منفردة ومن خلال المساعدة والتعاون الدوليين باتخاذ الخطوات خاصة الاقتصادية والفنية ، ولأقصى ما تسمح به مواردها المتوافرة من أجل التوصل تدريجياً للتحقيق الكامل للحقوق المعترف بها فى الاتفاقية الحالية بكافة الطرق المناسبة، بما فى ذلك على - وجه الخصوص - تبنى الإجراءات التشريعية".

ذلك أن نص هذه الفقرة إنما يعالج المجالات التى تحتاج فيها الدولة المتعاقدة إلى موارد اقتصادية وفنية غير متوافرة لديها حتى تستطيع أن تحقق لمواطنيها الرعاية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المطلوبة، وذلك تدريجياً عن طريق

تنمية مواردها الثابتة أو بالتعاون مع الدول الأخرى وتلقى المساعدات الخارجية ، ولا يمكن اعتبار الحق فى الإضراب من قبيل تلك الحقوق التى ينصرف إليها النص بحسب مفهومه الظاهر، والذى لا يجوز الانحراف عنه، حيث أنه لا يعتوره غموض يقتضى التفسير أو التأويل .

وحيث أن المادة ١٢٤ من قانون العقوبات قد جرى نصها على أنه " إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ، ولو فى صورة الاستقالة ، أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم ..... الخ" .

ونصت الاتفاقية فى مادتها الثامنة بأن " تتعهد الدول الأطراف فى الاتفاقية الحالية بأن تكفل .... د – الحق فى الإضراب على أن يمارس طبقاً لقوانين القطر المختص".

ولما كان الإضراب ، لغة وقانوناً ، هو الامتناع الجماعى المتفق عليه بين مجموعة من العاملين عن العمل لفترة مؤقتة لممارسة الضغط للاستجابة لمطالبهم، فإن الواضح من هذين النصين وجود تعارض بين التشريع الداخلى والاتفاقية المذكورة مما يتعين معه بحث أيهما الأجدر بالتطبيق ، لذلك ينبغى أولاً معرفة القوة التى تتمتع بها القاعدة الاتفاقية الدولية فى مواجهة القاعدة التشريعية العادية ، وهل تعتبر فى نفس مرتبة التشريع باعتبار أن كليهما صادر عن السلطة صاحبة السيادة فى الدولة؟ أم أنه يجب اعتبار المعاهدة تحمل وزناً أكبر من التشريع الداخلى؟ إذ أنها تتضمن فى الوقت ذاته التزام الدولة قبل الدول الأخرى الأطراف فى المعاهدة باتباع القاعدة، فى حين أن الدولة لا يقع عليها أى التزام دولى بالأخذ بالقاعدة التشريعية، إلا أن هذا الاعتبار لا يمكن الاستناد إليه فى المجال الداخلى لتفضيل القاعدة التى تقضى بها المعاهدة على القاعدة التشريعية ، فمسئولية الدولة فى المجال الدولى شىء وقيام القضاء الداخلى بتطبيق المعاهدة شىء آخر ، فالقاضى الوطنى لا يطبق المعاهدة تأسيساً على أن دولته قد التزمت دولياً بتطبيقها ، بل يطبقها باعتبارها جزءاً من قوانين الدولة الداخلية إذا ما تم استيفاؤها للشروط اللازمة لنفاذها داخل الإقليم .

وقد أكد الدستور المصرى هذا المعنى ، فنص فى الفقرة الأولى من المادة ١٥١ على أن " رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب عن البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة".

ونص فى الفقرة الثانية من تلك المادة على أن " معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة ، أو التى تتعلق بحقوق السيادة أو التى تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة فى الموازنة يجب موافقة مجلس الشعب عليها".

وبالإطلاع على قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الموافقة على الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمنشور بالعدد ١٤ من الجريدة الرسمية المؤرخ ٨ أبريل ١٩٨٢ يتبين أنه قد نص صراحة على أن الموافقة على الاتفاقية الدولية المذكورة قد تم بعد الإطلاع على الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور مما يفيد أنها قد صدرت بعد الحصول على موافقة مجلس الشعب بوصفها إحدى المعاهدات الدولية التى تتعلق بحقوق السيادة، بما تضمنه من قيود على سلطات الدولة تتمثل فى وجوب احترام الحقوق التى أقرتها والتزمت بها الاتفاقية الدولية الصادرة فى نطاق الأمم المتحدة وبالتطبيق لمثيلاتها.

وحيث إنه تطبيقاً لنص المادة ١٥١ من الدستور سالفة الذكر ، وما استقر عليه الفقه والقضاء ، فإن المعاهدات الدولية التى صدرت وفقاً للنصوص الدستورية المقررة ونشرت فى الجريدة الرسمية حسب الأوضاع المقررة تعد قانوناً من القوانين الداخلية يتعين على القضاء الوطنى تطبيقها باعتبارها كذلك ، وحينئذ أنه متى كان ذلك ، فإن الاتفاقية المذكورة وقد نشرت فى الجريدة الرسمية فى الثانى من إبريل ١٩٨٢ بعد الموافقة عليها من مجلس الشعب تعتبر قانوناً من قوانين الدولة ، وما دامت لاحقه لقانون العقوبات فإنه يتعين اعتبار المادة ١٢٤ قد ألغيت بالمادة ٨ فقرة (د) من الاتفاقية المشار إليها عملاً بنص المادة الثانية من القانون المدنى التى تنص على أنه " لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر

قواعده ذلك التشريع " .

ولا يقدح فى ذلك أن المادة ١٢٤ من قانون العقوبات قد عدلت -برفع قيمة الغرامة بالقانون ٩٢ لسنة ١٩٨٢- بعد نشر الاتفاقية فى الجريدة الرسمية، لأنه إذا كان من المقرر فقهاً وقضاءً أن الساقط لا يعود فإنه بالتالى ، ومن باب أولى ، لا يعدل، لأن التعديل لا يمكن أن يرد على معدوم، وما دام الثابت أن المادة ١٢٤ قد ألغيت ضمناً بالاتفاقية السابق الإشارة إليها فإنه لا يجوز بأى حال من الأحوال إجراء أى تعديل فى تلك المادة لأنها ألغيت ولم يعد لها وجود، مما تكون معه تهمة الامتناع عن العمل قد بُنيت على غير أساس من القانون ، والمحكمة فى هذا الصدد تهيب بالمشرع أن يسارع إلى وضع الضوابط اللازمة لهذا الحق على نحو يحقق مصلحة البلاد العليا ، ومصالح العمال فى نفس الوقت حتى لا تعم الفوضى وتتعطل المصالح العليا للمجتمع ، ولضمان عدم توقف سير المرافق الأساسية أو المساس بوسائل الإنتاج أو إيذاء غير المضربين ، وحيث إنه بالنسبة لتهمتى تعطيل سير القطارات والإضرار العمدى بأموال ومصالح الهيئة القومية لسكك حديد مصر فإنه من المقرر فقهاً وقضاءً بأنه متى قرر الشارع حقاً اقتضى ذلك حتماً إباحة الوسيلة إلى استعماله أى إباحة الأفعال التى تستهدف الاستعمال المشروع للحق ، وكذلك النتائج المترتبة على هذا الاستعمال سواء للحصول على ما يتضمنه من مزايا أو لمباشرة ما يخوله من سلطات، وأساس اعتبار استعمال الحق سبباً للإباحة وجوب تحقيق الاتساق بين قواعد القانون، إذ يعدم المنطق أن يقرر الشارع حقاً ثم يعاقب على الأفعال التى يستعمل بها، فيكون معنى ذلك التناقض بين قواعد القانون وتجريد الحق من كل قيمة ، وقد نصت على ذلك المادة ٦٠ من قانون العقوبات ويجرى نصها على أنه " لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة". وقد جاءت هذه المادة تأكيداً لما جاء بالمادة السابعة من قانون العقوبات التى تقرر أنه " لا تخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الغراء " ومكررة ذلك الاعتراف بتلك الحقوق ومضيفة إليه اعترافاً بالحقوق التى يقررها التشريع الوضعى بصفة عامة. فقد رأى المشرع أن يوسع من نطاق المادة السابعة فجعله شاملاً كل الحقوق التى يعد استعمالها سبباً للإباحة حتى يكون مقرراً للقاعدة العامة فى هذا الشأن ، وهو أمر يتفق مع المنطق وفلسفة القانون . فإذا ما أباح المشرع فعلاً من الأفعال فمن غير المقبول أن يحاسب بعد ذلك على ما قد يحدث نتيجة لهذا الفعل .

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان حق الإضراب مباحاً بمقتضى الاتفاقية الدولية السابق الإشارة إليها ، وكان الثابت من الأوراق والتحقيقات أن أياً من المتهمين لم يقم بإتلاف أو تخريب القطارات أو المعدات مما يقطع بحسن نيتهم ، فإن ما حدث نتيجة لذلك الإضراب لا يعكس أن يقع تحت طائلة قانون العقوبات عملاً بالمادة ٦٠ سالفة الذكر .

وحيث إنه بالنسبة لتهمة استعمال القوة والعنف والتهديد والتحريض المنسوبة إلى المتهمين من الأول إلى الخامس عشر، فإنه فضلاً عن عدم اطمئنان المحكمة، فإنها تطمئن إلى أقوال من شهد منهم أمام المحكمة .

والمحكمة وقد استقر فى وجدانها أن ذلك الإضراب ما كان يحدث من تلك الفئة من العمال – وقد كانت مثالاً للالتزام والتضحية- إلا عندما أحست بالتفرقة فى المعاملة والمعاناة الحقيقية للحصول على ضرورات الحياة، لتهيب بالدولة العمل على سرعة رفع المعاناة عن كاهل فئات الشعب المختلفة، حتى لا يستفحل الداء ويعز الدواء ، وحيث أنه بالبناء على ما تقدم فإن التهم المسندة إلى المتهمين جميعاً تكون قد تخاذلت فى أساسها القانونى والواقعى وتقوضت لذلك أركانها، الأمر الذى يلازمه البراءة عملاً بالمادة ١/٣٠٤ من قانون الإجراءات الجنائية ....".

والمبادئ التى يمكن استخلاصها من نص الحكم السابق وتهم بحثنا يمكن بيانها فيما يلى :

أولاً: إقرار المحكمة بجرائم الامتناع :

وذلك عندما نصت فى حكمها "بعبارة" ولما كان الإضراب لغة وقانوناً هو الامتناع المتفق عليه بين مجموعة من العاملين عن العمل فترة مؤقتة لممارسة الضغط للاستجابة لمطالبهم ، فإذا ما خرج الإضراب عن حدوده وضوابطه خرج من إطار الإباحة كاستعمال للحق إلى عمل ضار وغير مشروع يقع تحت طائلة القوانين حسب التكييف القانونى للوقائع .

ثانيا: معيار حسن النيه في الإضراب :

الأصل أن الإضراب كان مجرماً ثم قام المشرع بإباحته وفق ضوابط وحدود ضيقة تُمارس فيه، وجعل سند إباحته استعمالاً لحق من حقوق الحريات العامة طبقاً لنص المادة ٦٠ من قانون العقوبات كسلاح ذي تأثير في أيدى العمال لتحقيق مطالبهم المهنية المشروعة، فإذا ما خرج الإضراب عن حدوده أصبح مُجرماً كأن يمارسه غير العمال ولا يكون مصحوباً بنية سليمة.

ومعيار حسن النية كما قالت المحكمة عدم الإتلاف أو تخريب القطارات أو المعدات.

ثالثاً: الإضراب لا يكون إلا للعاملين :

هذا ما أكدته المحكمة والمشرع أيضاً في المادة ١٩٢ من قانون العمل الجديد ١٢ لسنة ٢٠٠٣ بالنص " للعمال حق الإضراب السلمي .... فإذا ما كان الإضراب من غير العاملين فأصبحنا أمام جرائم الامتناع " .

رأينا الخاص :

المادة ٢٣ من الدستور المصرى تنص على الاقتصاد القومى وفقاً لخطة تنمية شاملة تكفل زيادة الدخل القومى . والثابت من الإضراب أنه امتناع وترك للعمل وهذا يؤثر بالسلب على الاقتصاد القومى .

والمادة ٢٥ من الدستور المصرى تنص على أن " لكل مواطن نصيب من الناتج القومى" . وعلى ذلك فالناتج القومى هو حق لكل المصريين وليس من حق العمال المضربين وحدهم .

وفى أحداث المحلة توقف الماكينات كبد الدولة خسائر تقدر يومياً بخمسة ملايين من الجنيهات[1] فضلاً عن أحداث الشغب والدمار التى لحقت بالمنشآت والممتلكات العامة والخاصة وذلك بسبب الامتناع العام الذى دعى إليه يوم ٦ أبريل سنة ٢٠٠٦ وحرضت عليه بعض التيارات السياسية ، استغلالاً لبعض الظروف الاقتصادية ، مما فرغ الإضراب من غايته المهنية إلى غايته السياسية، ومن ثم أصبحنا أمام جرائم امتناع عامة شملت جميع معظم هيئات المجتمع المدنى .

ولعل ما يزيد رأينا حجة بضرورة صياغة نظرية عامة للامتناع تلك الأحداث الدامية التى جرت فى القطر الشقيق (لبنان) من الدعوة من إحدى جهات المعارضة إلى العصيان بهدف الضغط على الحكومة اللبنانية لتعديل بعض قراراتها . وما لبث أن تحول العصيان المدنى (الامتناع) إلى ما يشبه الحرب الأهلية وتوقف حركة الطيران فى البلاد وخلقت قتلى وجرحى وخسائر مادية[2].

إن المشرع عندما ساير التطور التشريعى فى تعزيز حق الإضراب فى قانون العمل الجديد، غاب عن ذهنه تكرار الأحداث التى حدثت مع عمال هيئة السكك الحديدية ، كما حدثت بمدينة المحلة، والسبب فى ذلك الإضراب أو الدعوة إلى الامتناع وما ترتب عليه من نتائج إجرامية تمثلت فى إتلاف للمال العام وكذلك الخاص وجرائم اعتداء على النفس ... الخ .

ومن ثم فإننا نطالب المشرع بوضع نظرية عامة للامتناع ومسايرة الفقه المقارن فى ذلك كما سايره فى تقرير حق الإضراب .

---

(1) د. نبيل لوقا بباوى: مقالة بعنوان (عدم دستورية الإضرابات إلا بضوابط)، بجريدة الجمهورية بعددها رقم ١٩٨٣٩ الصادر فى الثلاثاء ١٦ ربيع الآخر ١٤٢٩ هجرية ، ٢٢ أبريل عام ٢٠٠٨ ميلادية .

(2) فى أول شهر مايو سنة ٢٠٠٨ أصدرت الحكومة اللبنانية برئاسة فؤاد السنيوره قرارين الأول يتعلق بشبكة الاتصالات الخاصة بحزب الله والثانى إقالة مدير أمن المطار. مما أشعل الخلافات بين الحكومة والمعارضة التى دعت إلى العصيان المدنى ونتج عنه حرب أهلية تدخل فيها الجيش اللبنانى الذى طلب إلغاء القرارين السابقين . وبناء عليه تم حل الأزمة اللبنانية .

المبحث الثانى
الإضراب فى مفهوم الشريعة الإسلامية

تمهيد :

رأينا فيما سبق[1] أن الإضراب فى نظر القانون الوضعى هو أحد الحريات العامة والتى تكفلها الدستور، ونظمها ووضع ضوابطها المشرع الوضعى بعد التوقيع على الاتفاقية الدولية ، ذلك أن من وجهة نظره أن الإضراب سلاح فى أيدى الطبقة العاملة تستخدمه للضغط على أصحاب الأعمال للحصول على حقوقها، وبمعنى آخر هو حق أجازه القانون -بشروطه وضوابطه- للطبقة العامة، وقد خضع لنص م ٦٠ من قانون العقوبات ومن ثم اصبح ممارسته كحق سبباً للإعفاء .

وقد كشفت الدعوة للإضراب يوم ٦ إبريل العام الجارى فى مصر احتجاجاً على الأزمة الاقتصادية والمظالم عن أزمة فقهية لدى البعض فى تناولهم للوقائع وتفاعلهم مع الأحداث المعاصرة وكيفية التجاوب مع الآليات الحديثة للمعارضة السلمية، وسوف نتعرض لكل رأى على حده .

هذا هو الثابت فى نظر القانون الوضعى ، فما رأى الشريعة فى الإضراب هل هو حق أم لا؟ ما هو حكمه؟ وقبل التطرق للإجابة ينبغى توضيح مبدأ الحرية وحرية العمل فى الشريعة الإسلامية .

وسوف يكون تناولنا لهذا الموضوع على النحو التالى :

المطلب الأول : مبدأ الحرية وحرية العمل فى الشريعة الإسلامية .

المطلب الثانى : الإضراب حق أم واجب؟ وما الفرق بينهما وأثر ذلك ؟.

المطلب الثالث : حكم الشريعة فى الإضراب .

المطلب الرابع : وسائل دفع الإضراب .

المطلب الخامس : حكم الشرع فى الإضراب عن الطعام .

المطلب الأول
مبدأ الحرية وحرية العمل فى الشريعة الإسلامية

الحرية جزء لا يتجزأ من التشريع الإسلامى وأساس ذلك أن الشريعة الإسلامية خطاب مباشر من الله تبارك وتعالى للفرد المسلم، وليس من خلال دولة أو حماية أو أحبار أو رهبان[2] ، ولذلك لا يغنى عن الفرد ولا يعفيه من المسئولية أمام ربه الاعتذار بتقصير الدولة أو ضغط الجماعة أو إهمال الراهب.

ومن هذا المنطلق يتمتع كل فرد بحريته مستظلاً بلوائها فكراً وقولاً وعملاً واعتقاداً . وهذه الحرية مقيدة بعدم الاعتداء على حقوق الغير أو حقوق الجماعة .

وأيضاً حرية الفكر مباحة شريطة ألا تؤدى إلى قول أو فعل محرم، وذلك مستفاد من حديث النبى ﷺ " إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم "[3] .

فهذا الحديث أباح للإنسان التفكير كيفما شاء ليصل إلى المنطق الصحيح والسليم، ورفع العقوبة على الفكر ما لم ينتج عنه قول أو فعل محرم . فإذا أدى الفكر إلى التلفظ أو عمل ما يضر بالجماعة أو الأفراد وجب الامتناع عن هذا الفكر لأنه مخالف شرعاً .

وحرية القول مباحة، بل واجب فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، شريطة ألا يكون عدواناً على المجتمع أو

(1) أنظر ص ١٨١ وما بعدها من هذه الرسالة .

(2)د. محمد رشدى إسماعيل: الجنايات فى الشريعة الإسلامية، ط ١٩٨٣، توزيع دار الأنصار، ص ١٥.

(3) صحيح مسلم طبعة الشعب جـ١ ص ٨١ .

الأفراد، والتزاماً بالنظام والآداب العامة ، وذلك مستفاد من قول الله تعالى ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾[1] ، وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَنَاجَيْتُمْ فَلَا تَتَنَاجَوْا بِالْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَمَعْصِيَةِ الرَّسُولِ وَتَنَاجَوْا بِالْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ ﴾[2]. كما ينهى الله تعالى عن الجهر بالسوء مطلقاً ولأى سبب إلا عند حالة رفع المظلوم شكايته ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَن ظُلِمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا ﴾[3]. فعند الظلم إذن إذا صاحب القول السوء فإن الله تجاوز عن ذلك لمرارة الظلم والانفعال المصاحب للشكوى، وذلك من باب رحمته الواسعة بالعباد، لأن الله عز وجل حرم الظلم على نفسه وعلى العباد والظلم ظلمات يوم القيامة.

حرية العمل :

لكل فرد أن يعمل عملاً شريفاً وواجب على المجتمع احترامه ، وذلك واجب شرعاً، بل على كل مسلم أن يسعى فى طلب الرزق ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ ﴾ [الملك : ١٥] . وقد وضعت الشريعة الأسس التى تكفل هذه الحرية وهى[4] :

١- توفير فرص العمل لكل الناس على قدم المساواة بتكافؤ الفرص، فلا قيود على أى عمل يريده الإنسان سوى ما يخالف الشرع والأخلاق والآداب العامة، فلا حكر فى العمل لذى جاه أو منصب أو مال .

٢- أوجبت الشريعة على المجتمع الإسلامى احترام العامل فى أى عمل مهما كان وضيعاً لأنه يؤدى خدمة للمجتمع ، وذلك عكس البطالة وعكس العالة مع القدرة على العمل، فهى التى تستوجب الإنكار كما قال النبى ﷺ " اليد العليا خير من اليد السفلى "[5].

٣- قررت قواعد الشرع الحنيف أن العمل الشريف - الذى يقصد به العامل كف نفسه ونفع المجتمع - عبادة يثاب عليها فى الآخرة .

٤- قررت الشريعة أن لكل عامل ثمرة عمله ، فله أن يسعى ويجتهد فى العمل وله كل ثمار عمله ، يملك ما يدره ماله ولا يشاركه أحد، بل عليه حق الأموال من زكاة والضرائب العادلة التى تحتاجها دولة الإسلام .

٥- أباحت الشريعة التنافس فى العمل القائم على الجودة والإتقان كما فى الحديث الشريف : (إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه) [6] والبعد عن الغش والتحايل كما قال ﷺ (من غشنا فليس منا) [7] .

وقررت الشريعة أن الكسب من العمل فجعلته قسمان طيب وخبيث ، فالأول هو الناتج عن العمل المشروع الخالى من الضرر، والضرار المؤدى منه حق الله والمجتمع وهذا مثاب فى الآخرة، بينما الثانى من عمل غير مشروع فيه إضرار بالغير وأكل أموال الناس بالباطل .

المطلب الثانى

الإضراب حق أم واجب والفرق بينهما

الإضراب فى نظر القانون الوضعى هو حق ، قرره المشرع للعامل وجعله حقاً يستخدمه كسلاح للمطالبة بحقوقه عند عدم الوفاء من صاحب العمل، بعدما قام بواجباته وفقاً للالتزام المبرم بين العامل وصاحب العمل .

---

(1) سورة آل عمران ، الآية ١٠٤ .
(2) سورة المجادلة ، الآية ٩ .
(3) سورة النساء ، الآية ١٤٩ .
(4) د. محمد رشدى إسماعيل: المرجع السابق ص ٢٣ ، ٢٤ .
(5) فهرس أبو داود ، كتاب الزكاة ، حديث رقم ١٦٤٨.
(6) فهرس مسند أبى يعلى ، الجزء السابع ، حديث رقم ٤٣٨٦.
(7) فهرس مسلم ، كتاب الإيمان ، حديث رقم ١٦٤.

الإمام ابن تيميه[1] -رحمه الله- أجاب عن ذلك عندما قال " إذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم ، صار هذا العمل واجباً يجبرهم ولى الأمر عليه إذا امتنعوا عنه بعوض المثل .

فالإمام جعل التزام العمال بالقيام بأعمالهم واجباً، وإذا امتنعوا عن الواجب يجبرهم ولى الأمر بعوض المثل .

ومفاد ذلك أن العمال إذا امتنعوا لأى سبب من الأسباب عن العمل - كالإضراب مثلاً - فلا يحق لهم لأنهم امتنعوا عن واجب ملزمين بأدائه ولا يعتبر حقاً بالنسبة لهم .

بل استطرد قائلاً ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل، ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم .

الفرق بين الحق والواجب :

الأصل أن صاحب الحق له أن يستعمل حقه أو لا يستعمله، فإذا استعمله فلا حرج عليه ، وإن تركه فلا إثم عليه، فإن الحق هو ما يجوز فعله ولا يعاقب على تركه[2] . بينما الواجب يتحتم فعله والمكلف بالواجب يأثم بتركه ، والحق والواجب يتفقان من الناحية الجنائية فى استعمالهما لفعل مباح ولا يعتبر جريمة .

والفعل الواحد قد يعتبر حقاً لشخص بعينه وواجباً على شخص آخر[3] ، ومحل الحق الشخصى فى الشريعة قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، وهناك شروط فى العمل الذى تصلح أن يكون محلاً للعقد[4] ، أن يكون ممكناً لا مستحيلاً عقلاً ولا عادة، وأن يكون معيناً مثل التزام العامل بالشحن والتفريغ لحمولة السفن، وأن يكون مشروعاً فلا يجوز أن يكون منهياً عنه فى الشرع مما يعتبر جريمة مثل بيع المشروبات الكحولية أو الخنازير، كما يدخل -وهذا الأهم- تحت مشروعية العمل عدم مخالفته للنظام العام والآداب حسب مفاهيم الشرع الإسلامى[5].

فأداء العمل حق لصاحب العمل وواجب على العامل ، وللتفرقة بينهما أهمية من وجهين:[6] الأول متفق عليه بين الفقهاء أن الحق لا يمكن العقاب على تركه ، بينما الواجب يمكن عقاب تاركه، والثانى : وهو محل خلاف بين الفقهاء ، وهو أن الحق يتقيد بشرط السلامة بينما الواجب لا يشترط السلامة . وبمعنى آخر أن من باشر حقاً مسئولاً عن سلامة المحل الذى باشر عليه الحق لأنه مخير بين إتيان الفعل أو تركه .

أما الواجب فلا يسأل عن سلامة محل الواجب لأنه مأمور بتأديته ولمعرفة ما إذا كان الفعل حقاً أو واجباً بالنسبة لشخص معين ينظر هل يتحتم إتيان الفعل أم لا؟ وهل يعاقب على تركه ؟ فإن كان يتحتم عليه إتيان الفعل فهو واجب ، وإن كان مخيراً فإنه حق .

وبتطبيق تلك القواعد العامة على بحثنا يمكننا القول بأن أداء العمل واجب ملزم، وأن الامتناع عن العمل كالإضراب هو ترك واجب، أو كل امتناع عن أداء واجب ملزم، وبمفهوم المخالفة يمكن القول بأن الإضراب واجب على العامل بألا يأتيه وإن صحت العبارة : "يجب على العامل ألا يضرب أو يمتنع عن عمله ، فيصير الإضراب هو فعل منكر واجب على العامل بألا يأتيه" .

** تنويه :

هذه التفرقة بين الحق والواجب هامة فيما يحدث هذه الأيام من مطالبة معظم فقهاء العصر بمقاطعة البضائع

---

(1) الحسبة لابن تيميه ص ٤٨ .
(2) أ. عبد القادر عودة: المرجع السابق جا ، ص ٤٧١.
(3) أ. عبد القادر عودة: المرجع السابق جا ، ص ٤٧١.
(4) د. عبد الكريم زيدان: نظريات فى الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، ص ٤١٨.
(5) د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٤١٩.
(6) أ. عب القادر عودة: المرجع السابق جا ، ص ٤٧١ وما بعدها .

الأجنبية التى تنتمى إلى بلاد الغرب والتى تسيئ إلى الإسلام والرسول الكريم بصور مختلفة، فهذه المقاطعة ليست إضرابا بل هى حق للمشترى بأن يشترى ما يشاء، ومن ثم فهو حق مباح وليس بواجب، أى مخير فى ذلك، ومن ثم فالمقاطعة نوع من العقوبات التعزيرية التى اقرها الشرع ويجب الامتثال لولى الأمر فيها. وهذا رأينا الخاص .

المطلب الثالث

حكم الإضراب فى الشريعة الإسلامية

أولاً: جاء فى كتاب الحسبة فى الإسلام لشيخ الإسلام نصر الدين بن تيميه(1) تحت عنوان " نهى الشارع عن الإضراب فى العمل " .

إذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم صار هذا العمل واجباً يجبرهم ولى الأمر عليه إذا امتنعوا عنه بعوض المثل، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم .

وكما إذا احتاج الجند المرصدون للجهاد إلى فلاحة أرضهم ألزم من صناعته الفلاحة بأن يصنعها لهم فإن الجند ملزمون بأن لا يظلموا الفلاح كما ألزم الفلاح أن يفلح للجند .

ثانياً: كل عمل من شأنه شل الجهاز الحكومي أو تعطيله أو عدم انتظامه تعتبره الشريعة جريمة تستوجب التعزير والغرض من ذلك ضمان حسن سير العمل فى الوظائف العامة حتى تقوم الدولة بواجباتها عموماً على أكمل وجه وأتم نظام.

وعلى ذلك إذا ترك جماعة من الموظفين عملهم (أو العمال) أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو قاصدين تحقيق غرض مشترك فإنهم يعززون على هذه الجريمة، ويعزر عموماً كل من يتمرد فى وظيفة أو يستعمل القوة أو العنف مع رؤساء ويترك عمله(2).

فالأصل فى الشريعة الإسلامية أن الحياة قائمة على التكافل والإيجابية ﴿وتعانوا على البر والتقوى ولا تتعاونوا على الأثم والعدوان﴾ والنبى ﷺ يقول : إذا قامت الساعة وفى يد أحدكم فسيلة فإن استطاع أن يغرسها فليفعل(3). فالامتناع عن العمل أو التوقف بأى صورة من الصور غير جائز شرعاً لما فيه من الضرر بحق الآخرين من الجماعة والأفراد، وأن المطالبة بالحقوق والأداء أو الإبراء لها طرقها الشرعية ولا مجال للحديث بشأنها فى بحثنا . ولكن الثابت شرعاً نهى الشارع عن الإضراب عن العمل ، بل يعد الإضراب منكراً يجب العمل على دفعه ويستحق عقوبة تعزيريه من ولى الأمر .

وهذا ما رآه الإمام ابن تيميه من حاجة الناس بعضهم لبعض، فأوجب على الفلاحين والنساجين والبنائين القيام بأعمالهم ولم يمكنهم من مطالبة الناس بالزيادة وعلى ولى الأمر مراعاة ذلك بأمرين :

الأول : إذا امتنعوا عن الواجب أجبرهم على ذلك بعوض المثل .

الثانى: منع ظلم الناس لهم بعدم إعطائهم حقهم .

وبمعنى آخر للعامل حقوق وواجبات طبقاً للالتزامات والعقود المبرمة بينه وبين صاحب العمل، فلا يتقاعس عن عمله لأنه واجب عليه، ومن جهة أخرى يمنع عنه الظلم من قبل صاحب العمل، وإذا فعل ذلك طبقت عليه عقوبة تعزيرية، وقاس على ذلك الإمام إلزام الفلاحين بزراعة الجند حال جهادهم ، تحقيقاً لمبدأ التكافل الإسلامى ، بشرط عدم الظلم على أى الطرفين .

ولقد وضعت الشريعة قواعد فقهية لإزالة الضرر العام والخاص، ومن ثم وضعت قواعد ترفع الظلم عن العمال فإذا ما طبقت زال الضرر، ولكن إذا ما وقع الإضراب وهو منكر فكيف يتم دفعه؟ وسوف نتعرض لهذا بايجاز فى البحث

---

(1) الحسبة فى الإسلام ، لابن تيمية تحقيق محمد زهرى النجار ، كبعة المؤسسة العبدية بالرياض ص٤٨.

(2) د. عبد العزيز عامر: المرجع السابق ص ٢١٦ ، ٢١٧.

(3) فهرس مسند أحمد ، مسند أنس بن مالك (رضى الله عنه).

القادم .

وسبب تعرضنا لوسائل دفع الإضراب أن هناك من يرى أن الإضراب هو وسيلة حديثة أو آلية جديدة من وسائل العصر الحديث لإنكار المنكر . حيث يرى أن الإضراب هو نوع من الاحتجاج .

وقد يقول قائل أن الإضراب ـ كما هو واضح ـ نوع من الاحتجاج ، قننته القوانين المعاصرة للعمال للاعتراض على فساد الإدارة وسوء معاملتها وظلمها للعاملين ومنعها حقوقهم ، وهو امتناع عن العمل بطريقة سلمية بدون استخدام للقوة مطلقاً ، ويراعى فيه درء المفاسد وهو تقنين –بالنظر إليه بتمعن- لا يخالف الشرع .

والشريعة الإسلامية فى تنظيمها للعلاقة بين طرفين ـ سواء الراعى والرعية، أو الرئيس والمرؤوس فى العمل ـ أكدت على وجوب وفاء الأطراف بالعقد بينهما ، ولكن إذا أخل الراعى أو الرئيس بما فرضه عقد المسئولية ، فلم تلزم الرعية أو المرؤسين بالوفاء مطلقاً ، ولهم حق الاعتراض بحسب تفصيل كل واقعة. وفى موضوعنا الخاص بالإضراب ، لاشك أنه نوع من الاحتجاج والاعتراض على مفاسد ومظالم لم يمنعها نظام الحكم فى إدارته للبلاد.

وبالنظر إلى ما قاله الداعين للإضراب –وبالنص- وكتبوه بالعامية المصرية :

"خليك قاعد فى البيت أو شاركنا فى الميادين العامة . إوعى تنزل ، لكن شاركنا ما تروحشى الشغل ، ما تروحشى الجامعة ، ما تروحشى المدرسة ، ما تفتحشى المحل ، عايزين مرتبات تعيشنا ، عايزين نشتغل ، عايزين تعلم لأولادنا ، عايزين مواصلات آدمية ، عايزين مستشفيات تعالجنا ، عايزين دواء لأطفالنا ، عايزين قضاء منصف ـ عايزين أمن وأمان ، عايزين حرية وكرامة ، مش عايزين رفع أسعار ، مش عايزين محسوبية ، مش عايزين فساد ، مش عايزين رشاوى ، مش عايزين اعتقالات ، مش عايزين تلفيق قضايا . قول لأصحابك وأهلك ما يروحوش الشغل همه كمان وخليهم يدخلوا الإضراب يوم ٦ إبريل " .

هكذا كانت الدعوة ، وبتحريرها شرعاً، لا نجد فيها دعوة لمخالفة شرعية، بل هى صرخة احتجاج ضد الظلم ، وكلها مطالب يطالب بها كل مسلم حكومته ، ولا تنفيها الحكومة وإنما تقلل من شأنها .

ويستطرد هذا الرأى بأنه لا يحق وصف الدعوة إلى الإضراب السلمى بالجلوس فى البيت والامتناع عن العمل ، أنه شكل من أشكال الخروج على الحاكم وإعلان خلع يد الطاعة ، فهذه مبالغة شديدة فى الوصف وجمود فكرى ، ثم إذا كان الحاكم مسلماً هل لا يجوز الإنكار عليه ؟

وحجة هذا الإضراب أن الإضراب صورة من إنكار المنكر ، مع مراعاة ضوابط النهى عن المنكر . فالإضراب هو أبسط صورة للإنكار ، وهو شكل حديث بالتعبير السلبى من دون استخدام اليد أو القوة فى الإنكار ، وبالتالى تتوافر فيه ظاهرياً شروط الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وقد أمر الله تعالى فى كتابه العزيز بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . قال تعالى : ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ﴾ (1).

وعن حذيفة عن النبى ﷺ قال : "والذى نفسى بيده ، لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليوشكن الله عز وجل أن يبعث عليكم عذاباً من عنده ثم تدعونه فلا يستجاب لكم". رواه الترمذى وحسنه ، ومعنى أوشك أسرع ، وعن جرير رضى الله عنه مرفوعاً، أنـه قال : " ما من قوم يكون بين أظهرهم من يعمل بالمعاصى هم أعز منه وأمنع لم يغيروا عليه إلا أصابهم الله عز وجل بعذاب"، رواه أحمد وغيره(2).

<u>رأينا الخاص فى الإضراب عن العمل</u> : نوجزه فيما يلى :

١- إن الإضراب عن العمل إخلال فى عقد العمل بين العامل وصاحب العمل، وقد قال المولى عز وجل فى كتابه ﴿ يَا أَيُّهَا

---

(1) سورة آل عمران ، الآية ١١٠ .

(2) فهرس ابن ماجه ، كتاب الفتن ، حديث رقم ٤٠٠٩.

الذينَ آمَنُوا أوْفُوا بِالعُقُودِ﴾[1]. ومن ثم يجب على العامل القيام بواجباته على النحو الذى يرضى الله عز وجل ، وعلى صاحب العمل الوفاء بالتزاماته لحديث المصطفى ﷺ "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه" رواه ابن ماجه[2] .

٢- إحداث الفوضى والبلبلة فى المجتمع مما ينذر بالفتن المؤدية إلى إتلاف النفوس والأموال والأعراض ، مما يؤدى إلى تعرض الضروريات الخمس المحظورة وهذا مخالف لمقاصد الشريعة .

٣- إضعاف هيبة الدولة مما يجر ضعاف النفوس إلى فعل ما يريدون لإحداث المشاكل فى المجتمع وتمزيق وحدة صف المجتمع الواحد ، والشريعة حريصة على جمع الكلمة ووحدة الصف كما قال سبحانه ﴿ وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللهِ جَمِيعًا وَلاَ تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنتُمْ أَعْدَاء فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُم بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا وَكُنتُمْ عَلَىَ شَفَا حُفْرَةٍ مِّنَ النَّارِ فَأَنقَذَكُم مِّنْهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ﴾[3] ما يحصل من وراء هذا الإضراب من ضرر بمصالح الناس العامة والخاصة حيث يتوقف العمل فى أماكن يحتاجها الناس فى يومهم وليلتهم ، والإضرار بمصالح الناس لا يجوز لما صح فى سنن ابن ماجه أن النبى ﷺ قال : " لا ضرر ولا ضرار " .

٤- ما يحدث فى كثير من الأحيان فى هذا الإضراب من اختلاط الرجال والنساء ، وخروج النساء متبرجات وسافرات وما ينتج عن ذلك من مفاسد لا تخفى على العاقل اللبيب.

المطلب الرابع
وسائل دفع الإضراب

تمهيد:

قد يسأل سائل لماذا حجبت الشريعة حق الإضراب وسلبته من أيدى العمال وجردتهم من سلاح مؤثر فى مواجهة فئة أصحاب العمل الذين أخلوا بالتزاماتهم قبل العمال من الوفاء بحقوقهم .

والحقيقة أن الشريعة الغراء ضمنت لكل ذى حق حقه، ووضعت للمطالبة بالحقوق قواعد عامة فقهية ، فإذا ما طبقت استرد العمال وأصحاب العمل حقوقهم ، ومن ثم لا يحدث إضراب يتأثر منه الخاصة والعامة بتأثير انخفاض الإنتاج من توقف العمل . بل الشريعة تحرص كل الحرص على استمرار العمل وعدم توقفه مهما كانت الأسباب ، وذلك مستفاد من حديث النبى ﷺ " إذا قامت الساعة وبيد أحدكم فسيلة فاستطاع ألا تقوم حتى يغرسها فليغرسها". "وإذا عمل أحدكم عملا فليتقنه" ، وتحرص أيضاً كل الحرص على دفع الضرر فى حينه .

فالإضراب الذى يحدث من قبل العمال حدث لشعورهم بظلم وقع عليهم أو ضرر وقع عليهم ، ما هى الوسائل التى يتم بها دفع هذا الضرر أو الإضراب قبل حدوثه ؟ .

فالأصل فى الشريعة رفع الضرر وإزالته كما يقول الشنقطيى[4] :

أســس الفقـــه علـــى رفـــع الـــضرر	وإن مـــا يـــشق يجلـــب الوطـــر
ونفـــى رفـــع القطـــع بالـــشك وأن	يحكـــم العـــرف وزاد مـــن فطـــن
كـــون الأمـــور تـــبع المقاصـــد	مـــع تكلـــيف بـــبعض وارد

وسوف نتعرض بإيجاز لبعض القواعد الفقهية التى وردت فى مجال إزالة الضرر، والتى يمكن تطبيقها عند تضرر العمال من الإضرار بحقوقهم بعد الوفاء بالتزاماتهم .

---

(1) سورة المائدة ، الآية ١ .
(2) فهرس ابن ماجه ، كتاب الرهون ، حديث رقم ٢٤٤٣.
(3) سورة آل عمران ، الآية ١٠٣ .
(4) الشنقطيى ، نثر الورود ، ٥٧٩/٢.

القاعدة الأولى : لا ضرر ولا ضرار : (قاعدة كلية)

وسندها الشرعى حديث النبى ﷺ لا ضرر ولا ضرار، والذى رواه أبو سعيد الخدرى وأخرجه الدارقطنى والبيهقى والحاكم[1] .

وقيل[2] لا ضرر معناه أى لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه ، والضرار فعال من الضرر أى لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه ، والضرر فعل الواحد والضرار فعل الأثنين ، والضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه .

وبتطبيق ذلك على مطالب العمال فى مواجهة صاحب العمل فإن تضررهم يجب أولاً أن يرفع للشطر الأول من القاعدة "لا ضرر" ، والشطر الثانى "لا ضرار" معناه لا يجب مجازاتهم على تضررهم وإضرارهم بإدخال ضرر آخر عليهم كما فى تفسير القاعدة ، ومعنى ذلك فصل الإضرار عن بعضه وتأصيل كل ضرر على حدة، من بحث أسباب وسبل دفعه .

ويتفرع عن هذه القاعدة القواعد الفقهية الآتية :

١- الضرر لا يزال بالضرر :

وهذه القاعدة تطبيق للشق الثانى من القاعدة السابقة، ومعناه أى لا يدفع الضرر بضرر مثله، والنهى هنا شامل [3].

وبتطبيق ذلك لا يجب على صاحب العمل أن يضر بالعمال لأنهم أضروه بأن يحرمهم من بعض حقوقهم أو مميزاتهم .

٢- الضرر يدفع بقدر الإمكان :

ومعناه أن لكل فعل ينشأ عنه يقيناً أو ظناً يمنع هذا الفعل دفعاً للضرر بقدر الإمكان، وعلى هذا فإن قاعدة سد الذرائع قائمة لتحقيق هذا المعنى[4] .

وبتطبيق ذلك إذا ما توافرت معلومات عن نية العمال للإضراب يجب أن يدفع هذا الضرر قدر الإمكان، وذلك لسد الذرائع التى تؤدى إلى هذا الضرر، مثال ذلك الإجابة إلى بعض مطالبهم المؤثرة فى إضرابهم .

٣- تحمل الضرر الخاص لأجل رفع الضرر العام :

هذه قاعدة عظيمة فى الشريعة الإسلامية تؤثر فيها مصلحة الجماعة مصلحة الفرد إذا تعارضت المصلحتان .

ومن تطبيقات فقه هذه القاعدة[5] جواز التسعير للحاكم إذا تعدى أرباب الطعام تعدياً فاحشاً فى القيمة، كما يدخل فيها جواز بيع المحتكر جبراً عليه عند الحاجة إذا امتنع من بيعه دفعاً للضرر العام . وأيضاً يمنع المالك من التصرف فى ملكه إذا كان تصرفه هذا يترتب عليه ضرر عام يلحق بالناس .

وبتطبيق ذلك فى مجال العمل يجب دفع الضرر العام وهو الامتناع عن العمل والذى يسبب ضرراً عاماً للناس بالتوقف عن الامتناع، ومن ثم توقف مسيرة الاقتصاد، وذلك يتحمل الضرر الخاص .

وهذا ما رآه الإمام ابن تيميه فى نهيه عن الإضراب عن العمل، عندما قرر أنه يجب على ولى الأمر إجبار العمال على العمل بعوض المثل، بمعنى زيادة أجورهم حتى لا يتوقفوا عن العمل، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل .

---

(1) د. رمضان الشرنباصى: المرجع السابق، ص ٢٠.
(2) حسن أحمد الخطيب: فقه الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٩٢، ص ٢٢٧ وهامش رقم ٢ .
(3) د. رمضان الشرنباصى: المرجع السابق، ص ٢٠.
(4) د. رمضان الشرنباصى: المرجع السابق، ص ٢١ .
(5) حسن أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص ٢٢٩ .

٤- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف :

وذلك إذا اجتمع ضرران أحدهما أشد والثاني أخف فإنه يتحمل في هذه الحالة الضرر الأخف أي ارتكاب أخف الضررين، كما في حديث سمرة بن جندب كما رويناه فيما سبق، الذي كان له نخلة في بستان رجل من الأنصار ومعه أهله، فكان سمره يدخل بستان الرجل الأنصاري فيتأذى من دخوله فشكا إلى النبي ﷺ فطلب من سمرة نقل النخلة فأبى فطلب منه أن يهب النخلة للأنصاري وله كذا وكذا فأبى ، فقال له النبي ﷺ أنت مضار أي ألحقت الضرر بأخيك الأنصاري ، ثم قال للأنصاري أذهب فاقطع نخلته .

المستفاد من الحديث أن الضرر الأشد - وهو ضرر الأنصاري وأهله من تردد سمرة على بستانه - ثم إزالته بضرر أخف منه، وهو إزالة نخلة لشخص واحد هو سمرة بن جندب .

وبتطبيق ذلك في مجال العمل فإن توف العمال عن العمل هو الضرر الأشد، ولهذا اعتبره شراح القوانين الوضعية سلاحاً فعالاً، بل هو حق كفله الدستور للمطالبة بحقوقهم ، فينبغي تحمل الضرر الأخف - وهو الإجابة إلى مطالبهم المشروعة - على حساب الضرر الأخف من جانب الدولة أو صاحب العمل، خشية تحقق الضرر الأشد وهو توقف العمل والإنتاج .

٥- الإضرار لا يبطل حق الغير[1] :

وأصلها المادة ٢٣ من مجلة الأحكام العدلية والمقصود منها أن إضرار الإنسان لاستعمال مال غيره أو حقه لا يبطل حق ذلك الغير في مطالبته بالأجرة أو بالتعويض .

وبتطبيق ذلك أنه عند تحمل أي من الطرفين العامل أو صاحب العمل حقوقاً أخرى، أو استعمال كلٌ من الطرفين لحقوق الآخر فإن ذلك لا يبطل حق الأصلي عند المطالبة والفصل في المنازعة .

القاعدة الثانية: الحاجة تنزل منزلة الضرر عامة أو خاصة:

وأصلها المادة ٣٢ من مجلة الأحكام العدلية ، ومن ذلك جواز البيع[2] بالوفاء، حيث أنه لما كثرت الديون على أهل بخاري مست الحاجة إلى ذلك فصار مرعياً.

والعمل بالضرورة له شروط ينبغي مراعاتها، منها لابد أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، وأن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر والنواهي، ولا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى إلا المخالفة، مع مراعاة عدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، واقتصار الحاجة على الحد الأدنى لدفع الضرر .

وبتطبيق ذلك على منع إقامة الإضرابات التي تحل محل الحاجة عند الضرورة، وهي عدم توقف العمل أو الإنتاج، فينبغي دفع ذلك بعدم توقف والإنتاج، وذلك وفق الضوابط الشرعية المقررة في هذا الشأن .

الخلاصة :

هذا عرض موجز لبعض القواعد الفقهية التي تناسب بحثنا للمحافظة على حقوق العمال قبل صاحب العمل ومراعاة مصلحة الجماعة من عدم توقف الإنتاج وتأثيم الإضراب.

(1) المستشار الدكتور محمود الشربيني: القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٩٩ الطبعة الثانية ص ٨١.
(2) المستشار الدكتور محمود الشربيني: المرجع السابق، ص ٨٠.

المطلب الخامس
حكم الشرع فى الإضراب عن الطعام

التعريف به :

هو امتناع عن تناول الطعام وإعراضه عنه بقصد الضغط على غيره ، حتى يحقق له هدفا معينا، ومثل ذلك – إجمالاً- الامتناع عن شرب الماء أو غيره من السوائل التى يحتاج إليها فم الإنسان.

وكذلك الامتناع عن تناول العلاج الذى يكون –بإذن الله تعالى- سبباً فى تسريع الشفاء ، أو إزالة المرض .

١- قد يقع الإضراب عن الطعام من الأبناء ، للضغط على الآباء من أجل تحقيق هدف مادى أو عاطفى أو اجتماعى.

٢- وقد يقع الإضراب عن الطعام من الزوجة ، حتى يتحقق لها من زوجها ما تريد .

وربما لا تستمر طويلاً هذه الأنواع من الإضراب عن الطعام.

ومن الوقائع التى تذكر فى هذا المقام ، ما رواه أبو يعلى والطبرانى وغيرهما : أن سعد بن أبى وقاص (رضى الله عنه) قال : "كنت رجلاً براً بأمى ، فلما أسلمت قالت لى : يا سعد ، لتتركن دينك هذا أو لا أكل ولا أشرب حتى أموت ، فتعيرك العرب فتقول : يا قاتل أمه . فقلت لها : يا أمى لا تفعلى ، فإنى لا أدع دينى هذا لشىء أبداً ، فمكثت يوماً وليلة وقد اشتد جهدها ، فلما رأيت ذلك قلت : والله يا أمى ، لو كان لك مائة نفس فخرجت نفساً نفساً ما تركت دينى هذا لشىء ، فإن شئت فكلى وإن شئت فلا تأكلى ، فلما رأت إصرارى على ذلك أكلت . فأنزل الله تعالى ﴿ وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَى أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[1] .

إضراب السجناء وغيرهم :

أما النوع الأهم الذى نحن بصدد بحثه وبيان حكمه وآثاره - والذى قد يستمر أمداً طويلاً - فهو إضراب السجناء ونحوهم عن الطعام ، من أجل تحسين ظروف حبسهم ، أو الإفراج عنهم ، أو نحو ذلك من الأهداف المعيشية أو السياسية أو الفكرية .

وهذا النوع الأخير هو أمر مستحدث ، انتقل إلى المجتمعات الإسلامية من بلاد الغرب ، وما كان المسلمون يلتفتون إليه ويعملون به فى العصور الإسلامية السابقة ، وقد وجدوا له مسلكاً فى قلوب بعض المسلمين بحجة الدوافع النبيلة والأهداف السامية التى ستتحقق من ورائه ، فكان من الضرورى الكلام عنه وبيان حكمه وموقف الإسلام منه .

حكم الإضراب عن الطعام :

لم ينص العلماء السابقون على حكم الإضراب بذاته ، إلا ما صدر عن الإمام ابن تيمية فى تحريم الإضراب عن الطعام، لكنه يمكن أن يخرج ويعرف فى ضوء العديد من الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة ، وما نص عليه العلماء الأجلاء ، فى الحالات المشابهة من بعض الوجوه –لما نحن بصدده- ومن ذلك ما يلى :

١- قول الله تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾[2]. ومن المعلوم أن تجويع النفس بالإضراب عن الطعام ، يفضى إلى قتلها بغير حق ، وذلك حرام للنهى عنه فى هذه الآية .

٢- قول الله تعالى : ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[3]. والإضراب عن الطعام فيه تعريض النفس للتهلكة ولو بعد حين ، وهو منهى عنه بنص الآية .

---

(1) سورة لقمان ، الآية ١٥ .
(2) سورة النساء ، الآية ٢٩ .
(3) سورة البقرة ، الآية ١٩٥ .

٣- قول الله تعالى ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ﴾[1]. ثم قوله تعالى ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[2]. وقد أجمع العلماء -فى ضوء هذه الآية التى ترخص للمضطر الأكل من الميتة ومن لحم الخنزير استبقاء لنفسه وحياته. على أن عمل الإنسان على استحياء نفسه وإنقاذها من الهلاك فرض واجب ما استطاع إلى ذلك سبيلاً ، سواء أكان ذلك بإزالة سبب التلف كالجوع والعطش ، أو بعدم إماتتها بشكل مباشر أو غير مباشر ، مما هو معروف من صور الانتحار المتعددة ، التى روى مسلم فى صحيحه بعضاً منها عن رسول الله ﷺ فمن ذلك أنه ﷺ قال : من تردى من جبل فهو فى نار جهنم يتردى خالداً مخلداً فيها أبداً ، ومن تحسى سماً فسمه بيده يتحساه فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً ، ومن وجأ بطنه بحديدة فحديدته فى يده يجأ بها بطنه فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً .

٤- الحديث الذى رواه الشيخان عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبىﷺ نهى عن الوصال فى الصوم ، وجاء فى رواية للإمام مالك فى الموطأ "إياكم والوصال" ثلاث مرات.

والوصال هو متابعة الصيام بحيث يمتد إلى وقت السحر، أو أكثر من ذلك يومين أو ثلاثة، من دون طعام أو شراب.

والسبب فى النهى عن هذا الصوم –مع أن الصوم عبادة يتقرب بها المسلم إلى ربه- دفع المشقة والضعف عن الإنسان ، فربما أدى به ذلك إلى تعذيب نفسه وإيذائها ، وليس هذا مما يقصده الشرع . وإذا كان الأمر كذلك فى صوم الوصال ، فإن الإضراب عن الطعام ممنوع من باب أولى لما فيه من مشقة وضعف ، بل إن مآله الموت فهو انتحار .

٥- الحديث الذى رواه الشيخان أن رسول الله ﷺ قال : " لا صام من صام الأبد"[3]. وفى هذا نهى عن صوم الدهر لإضعافه الجسم غالباً –كما يقول العلماء- مع أنه يصاحبه إفطار وسحور فى كل يوم ، فكيف بالإضراب عن الطعام والامتناع عنه أياماً وربما أسابيع .

٦- الآيات والأحاديث التى تدعو إلى الرفق بالنفس وتغذيتها وإعطائها حقوقها الفطرية ، وتنهى عن إرهاقها وإنهاكها بالتجويع أو تقليل الطعام ، مخافة أن تضعف عن القيام بالواجبات الدينية والاجتماعية ، لأن المشروع فى حقها أن تتقوى وتنهض لأداء حقوق الله تعالى وحقوق الناس ، وتسهم فى بناء المجتمع وتنميته .

ومن هذه الآيات قول الله تعالى فى صيام رمضان : ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾[4]. ومنها قوله أيضاً ﴿ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر ، يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾[5] .

ومن الأحاديث : ما رواه البخارى وغيره عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : بينما النبى ﷺ يخطب ، إذ هو برجل قائم فسأل عنه ، فقالوا : إنه أبو إسرائيل ، نذر أن يقوم فى الشمس ولا يقعد ، ولا يستظل ولا يتكلم ، ويصوم ، فقال النبى ﷺ : " مروه فليتكلم ، وليستظل ، وليقعد ، وليتم صومه"[6].

وهكذا يتضح من الأدلة السابقة أنه لا يشرع للمسلم إضعاف جسمه بالجوع والعطش وتعريضه لأخطار إنهاء الحياة ، بل ينبغى عليه اتخاذ الأسباب التى تبعده عن ذلك ، وتحقق له الصحة والسلامة ، ليقوم بالدور المناط به فى هذه الحياة .

موقف الفقهاء فى حكم الامتناع فى هذه الحياة :

ذكر الفقهاء أن الأكل للغذاء والشرب لدفع العطش فرض على المسلم بمقدار ما يدفع الهلاك أو الأذى عن نفسه ،

---

(1) سورة البقرة ، الآية ١٧٣ .
(2) سورة البقرة ، الآية ١٧٣ .
(3) فهرس البخارى ، كتاب الصوم ، حديث رقم ١٨٧٦.
(4) سورة البقرة ، الآية ١٨٧ .
(5) سورة البقرة ، الآية ١٨٥ .
(6) فهرس أبو داود ، كتاب الإيمان والنذور ، حديث رقم ٣٣٠٠.

كتعطيل منفعة السمع أو البصر أو غيرهما .

وقالوا إنه لا يجوز للمسلم تقليل الطعام ، وكذا الشراب بحيث يضعف عن أداء الفرض، لأن ترك العبادة لا يجوز فكذا ما يفضى إليه، وأقل ذلك ما يتمكن به المسلم من أداء الصلاة قائماً، لأن القيام فى الصيام فرض واجب، وما توقف عليه الواجب فهو واجب ، فمن ترك الطعام ولم يأكل حتى ضعف أو مات آثم ، لأنه أتلف نفسه .

صفوة القول :

يتضح مما تقدم، أن إضراب السجين أو غيره عن الطعام وامتناعه من تناوله أمر محرم يأثم فاعله، على ضوء ما تقدم ، فضلاً عن الآيات والأحاديث السابق ذكرها ، وما فيها من دعوة إلى وجوب النفس البشرية وصيانتها ودرء الضرر عنها ، جوعاً كان أو عطشاً أو غير ذلك .

فإذا مات المضرب عن الطعام، فهو منتحر قاتل لنفسه ، وقد صح فى الأحاديث النبوية الشريفة، أن جزاء قاتل نفسه نار جنهم خالداً مخلداً فيها أبدا، وسبق بيان شيء من هذا فى الحديث المتفق عليه " من قتل نفسه بشيء من الدنيا عذب به يوم القيامة".

هذا ، ولا يعدم المظلوم سجيناً كان أو غيره وسائل وطرقاً أخرى مشروعة، يمكنه من خلالها إشهار أمره، ولفت الانتباه إلى حالته أو قضيته، حتى يتعاطف معه الآخرون أو ينظر فى أمره ، وينزاح عنه ما يعانيه من ضيم وحيف وظلم .

الباب الثالث

تطبيقات جرائم الامتناع

تمهيد

الآن وبعد أن تناولنا دراسة جرائم الامتناع بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، وبيان الجوانب الفقهية المختلفة ، فقد رأينا أن من تكامل البحث وتسانده التعرض لبعض تطبيقات العملية لجرائم الامتناع فى التشريع المصرى ، وبعض مثيلتها فى الشريعة الإسلامية .

الفصل الأول

التطبيقات التشريعية لجرائم الامتناع فى التشريع الوضعى المصرى

تمهيد

إذا كان الغالب الأعم من الجرائم التى نص عليها القانون هى جرائم إيجابية بحيث تعد مرتكبة كلما خالف أحد الأفراد النهى الذى تكلفه به القاعدة الجنائية ، إلا أن القانون لم يغفل تكليف الأفراد بواجبات معينة فرض عليهم إتيانها على سبيل الإلزام بحيث يترتب على مخالفة هذا التكليف ارتكاب جريمة الامتناع .

وسوف نتعرض لبعض جرائم الامتناع فى القانون المصرى وبعض القوانين المكملة له على النحو التالى :

المبحث الأول : جرائم الامتناع فى قانون العقوبات المصرى

المطلب الأول : جرائم الامتناع الماسة بأمن الدولة

الفرع الأول : جرائم الامتناع الماسة بأمن الدولة من الخارج

الفرع الثانى : جرائم الامتناع الماسة بأمن الدولة من الداخل

المطلب الثانى : جرائم الامتناع المتعلقة بالوظيفة العامة

الفرع الأول : جرائم امتناع القاضى عن الحكم فى الدعوى

الفرع الثانى : جرائم امتناع الموظف العام عن تنفيذ القوانين

الفرع الثالث : جرائم امتناع الموظف العام عن أداء واجبات الوظيفة

المطلب الثالث : جرائم الامتناع المتعلقة بالأسرة

الفرع الأول : جريمة الامتناع عن تسليم طفل

الفرع الثانى : جريمة الامتناع عن دفع نفقة المحكوم عليه

المطلب الرابع : جرائم الامتناع الماسة بسلامة جسم الإنسان وحقه فى الحياة " القتل بالترك"

المطلب الخامس : جرائم التزوير بالامتناع "التزوير بالترك"

المطلب السادس: جريمة تناول الأطعمة والمشروبات دون دفع ثمن

المبحث الثانى : جرائم الامتناع فى التشريعات الجنائية الخاصة والمكملة :

المطلب الأول: جرائم الامتناع عن المساعدة الطبية والعلاجية.

المطلب الثانى : جرائم الامتناع عن المساعدة البحرية .

المطلب الثالث . جرائم الامتناع فى قانون مكافحة غسل الأموال.

الفرع الأول : جريمة الامتناع عن الإخطار بالعمليات المشتبه فيها بغسل الأموال .
الفرع الثانى : جريمة الامتناع عن إمساك السجلات والمستندات الخاصة بالعمليات المالية.

المطلب الرابع : جرائم الامتناع عن التصويت .
المطلب الخامس : جرائم الامتناع فى قانون الأسلحة والذخائر.
الفرع الأول : عدم تجديد ترخيص السلاح فى الميعاد القانونى .
الفرع الثانى : التستر على حيازة أسلحة أو خائر غير مرخص بها .
الفرع الثالث : عدم التزام بعض الفئات المعفاة بالواجبات المفروضة عليهم قانوناً.
المطلب السادس : التشريعات الخاصة بالمواليد والوفيات.
الفرع الأول : جريمة عدم التبليغ عن المواليد .
الفرع الثانى : جريمة عدم التبليغ عن الوفيات .

المبحث الأول
جرائم الامتناع فى قانون العقوبات المصرى

المطلب الأول
جرائم الامتناع الماسة بأمن الدولة

الفرع الأول
جرائم الامتناع الماسة بأمن الدولة من الخارج

<u>النص التشريعى:</u>

تنص المادة ٨٤ من قانون العقوبات المصرى المعدل بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٧ على أنه :

"يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنه وبغرامة لا تجاوز الخمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من علم بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى هذا الباب (الباب الأول من الكتاب الثانى)، ولم يسارع إلى إبلاغه إلى السلطات المختصة. وتضاعف العقوبة إذا وقعت فى زمن الحرب، ويجوز للمحكمة أن تعفى من العقوبة زوج الجانى وأصوله وفروعه".

<u>أركان الجريمة :</u>

أولاً: الركن المادى :

يتمثل الركن المادى فى الامتناع عن الإبلاغ مع العلم بعناصر الجريمة . مفاد ذلك أن المشرع لم يتطلب نتيجة ومن ثم انتفاء علاقة السببية وهى من الجرائم ذات الامتناع المجرد، وهو عدم القيام بالالتزام القانونى والوطنى متى توافر العلم بوجود ثمة جريمة تمس أمن البلاد .

ثانياً: الركن المعنوى :

يتوافر القصد الجنائى فى هذه الجريمة متى توافر العلم بوقوع الجريمة وبعناصرها دون أن يتم الإبلاغ عنها .
.... يستفاد من ذلك أن الالتزام بإبلاغ السلطات المختصة عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى (المادة ٨٤) يقع متى توافر العلم بوقوع الجريمة أو الشروع فيها.

... ولا يهم الباعث على عدم الإبلاغ - أى على التهاون - فى تحقيق الحدث، فقد يكون الرغبة فى التستر على المجرمين أو تفادى ما يجبره الإبلاغ من ضياع وقت للمبلغ ... وذلك راجع إلى خطورة هذه الجرائم على كيان الوطن مما جعل الالتزام بالإبلاغ التزاماً لا محض رخصة، وتقرر العقاب على الإخلال بهذا الالتزام[1] .

... كما يكون على النيابة العامة إقامة الدليل على توافر العلم لدى المتهم واستخلاص محكمة الموضوع من ظروف وملابسات الوقائع والدلائل الكافية على توافر ركنا الجريمة.

كما أنه يلاحظ أنه وفقاً للقواعد العامة استبعاد الأعمال التحضيرية لتلك الجرائم ولكونها ليست من الأعمال التنفيذية.

وفى تقديرنا الشخصى أنه بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذه الجرائم باعتبارها تهدد كيان الدولة فإنه ينبغى أن يمتد نطاق التشريع ليشمل تلك الأعمال التحضيرية ولإحباط الجرائم من ناحية أخرى ... ومحكمة الموضوع هى التى تفصل فى الموضوع . كما أن هذا ليس خلطاً ما بين الأعمال التحضيرية وعدم اكتمال عناصر الجريمة - كما قد يتصوره البعض - فضلاً عن تقرير المشرع لعقوبة من علم بوجود مشروع لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد (٨٧ ، ٨٩ ، ٩٠ ، ٩٠ م ، ٩١ ، ٩٢ ، ٩٣ ، ٩٤) والخاصة بجرائم أمن الدولة الداخلى، فمن باب أولى أن يمتد نطاق التجريم ليشمل الأعمال التحضيرية التى تتم خارج البلاد.

كما أنه لا يتصور الشروع فى هذه الجريمة، حيث يتوافر الالتزام القانونى بالإبلاغ بمجرد العلم. وتأسيساً على ذلك إذا وقع فى خلط أو جهل فى صفة جوهرية فى ركنى الجريمة بما يؤثر على أركان الجريمة، كما أنه ليس هناك مجال لبحث علاقة السببية بين الجريمة والنتيجة .

العقوبة :

إن العقوبة المقررة لهذه الجريمة هى الحبس لا تتجاوز سنة وغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كما تضاعف العقوبة فى حالة الحرب .

الإعفاء من العقوبة : أجازت المادة للمحكمة أن تعفى من العقوبة زوج الجانى أو أصوله أو فروعه، وعلة ذلك ما يعانونه من حرج فى الإبلاغ عنهم، غير أن الإعفاء ليس وجوبياً ولكن جوازياً يترك لتقدير المحكمة .

الفرع الثانى
جرائم الامتناع الماسة بأمن الدولة الداخلى

النص التشريعى:

نصت المادة ٩٨ من قانون العقوبات المصرى على أنه :

"يعاقب بالحبس كل من علم بوجود مشروع لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد (٨٧ ، ٨٩ ، ٩٠ ، ٩٠ م ، ٩١ ، ٩٢ ، ٩٣ ، ٩٤) من هذا القانون ولم يبلغه إلى السلطات المختصة" .

"ولا يجرى حكم هذه المادة على زوج أى شخص له يد فى ذلك الشروع ولا على أصوله وفروعه".

أركان الجريمة :

أولاً: الركن المادى : يتمثل فى الامتناع عن إبلاغ السلطات عن وجود مشروع لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص

---

(١) د. رمسيس بهنام: قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، طبعة سنة ٢٠٠٥، ص ١٠٤ .

عليها فى المادة ٩٨ ، وتقع الجريمة تامة بمجرد الامتناع فور العلم بعناصرها، ومن ثم لا مجال للبحث عن علاقة السببية بين النتيجة والامتناع.

ثانياً: الركن المعنوى: يتوافر القصد الجنائى هنا بمجرد العلم بعناصر الجريمة، ولا ينبغى التفرقة بين قصد جنائى متعمد أو غير متعمد، فالصورتان تتحقق والعقاب عليهما واحد.

وبيان ذلك[1] أنه إذا تبين تمثل المتهم لالتزامه بالإبلاغ ومع ذلك فرط فى النهوض بهذا الالتزام كانت الجريمة عمدية.

أما إذا لم يكن قد دار بخلد المتهم التزامه القانونى بالإبلاغ، فإن الجريمة تكون غير عمدية ويسأل عنها كما لو متعمداً.

وفى رأينا : أن المشرع لم يتطلب القصد الجنائى المتعمد اكتفاءً بتوافر عنصرى العلم والإرادة فى هذه الحالة .

ويؤيد ذلك الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام برأيه القائل[2] فى باب المخالفات كثير منها يستحق العقاب سواء كانت المخالفة عمدية أو غير عمدية، والجنحة تشبه المخالفات من هذه الناحية، ويسميها الفقه الفرنسى بالمخالفات المجنحة .

.... يلاحظ أن الأصل فى إبلاغ السلطات العامة بجريمة دفعت ليس التزاماً قانونياً على المواطن وإن كان موظفاً عمومياً، ومن ثم لا جزاء على الممتنع سواء كان جنائياً أو تأديبياً.

إلا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل فى هذا المجال الذى نحن بصدده، وهو اشتغال ذمة أى مواطن أو موظف عمومى بالأحرى بالإبلاغ عن وجود مشروع جريمة مزمع وقوعها على أمن الدولة الداخلى فور علمه بذلك، وقرر الجزاء له لعدم الإبلاغ .

- ويستفاد من ذلك أن الجريمة تتوافر فيمن ثبت فى حقه العلم ولم يبلغ به السلطات فى حينه، وهذا يتم استخلاصه من ظروف وملابسات الوقائع من خلال التحقيقات التى تجريها النيابة العامة، وكذا تقدير محكمة الموضوع لثبوت ذلك من عدمه .

أما إذا شاع العلم بالمشرع فلا وجود للالتزام بالإبلاغ بعد ذلك .

**** العقوبة :**

تنص المادة على الحبس ولم تقرر - خلافاً للمادة (٨٤) - مدة محددة للحبس، ومفاد ذلك أن تحديد العقوبة يكون للمحكمة وفقاً لوجدانها وتقديراتها للوقائع المطروحة، والتزاماً بالحد الأقصى لثلاث سنوات لعقوبة الحبس .

**** الإعفاء من العقوبة :**

أوجب المشرع على المحكمة الإعفاء من العقوبة بالنسبة للزوج أو الأصول أو فروعه وذلك خلافاً للمادة (٨٤) إذ جعلت الإعفاء رخصة فى يد القاضى.

وقد ذهب البعض إلى تأييد ذلك[3] استناداً إلى مراعاة كيان الأسرة الواحدة وتماسكها، فضلاً عن إمكانية المطالبة بالتعويض المدنى للجانى المحجم عن الإبلاغ، والبعض الآخر ذهب إلى وجوب التفرقة بين مصدر الخطر الخارجى والداخلى، ومدى سيطرة الدولة عليه وإمكانية العلم به والتحكم فيه، ومن ثم فإن الإعفاء الجوازى فى الضرر الخارجى والإعفاء الوجوبى فى الضرر الداخلى قد صادفه العيوب .

ولنا رأى : أن الضرر الواقع على كيان الدولة - سواء تم من الداخل أو من الخارج - أكبر من كيان أى أسرة، وله خطورة

---

(١) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ٢٣٨ .
(٢) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ٢٣٨ – ٢٣٩ .
(٣) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ٢٣٩ .

واضحة، وليس ضرراً يقع على فرد أو مؤسسة، وإنما خطر يهدد أمة بأسرها. والتطور الدولى للإرهاب كما شهدت السنوات الماضية فى حقبة التسعينات يؤكد ترابط الخطر الداخلى والخارجى واعتبارهما نسيجاً واحداً، إذ يستحيل تنفيذ مخطط خارجى دون الاستعانة بالمخطط الداخلى وليس العكس .

ومن ثم فإننا نرى إلغاء الإعفاء المنصوص عليه فى م ٩٨ وجعل العقاب وجوبياً كما فى المادة (٨٤). وأؤيد ما ذهب إليه البعض من عدم وجود مبرر لهذه التفرقة فى العقوبة أو الإعفاء بل يجب جعلهما نسيجاً واحداً لاستواء الضرر فى الحالتين.

المطلب الثانى
جرائم الامتناع المتعلقة بالوظيفة العامة

تمهيد :

إن الوظيفة العامة وما تقتضيه من ضرورة انتظام العمل ومباشرة أعباء الوظيفة والتزاماتها بما يحقق مصلحة الفرد والمجتمع قد دفعت المشرع إلى تجريم كل ما يخل بأداء الوظيفة العامة.

وسوف نعرض لبعض صور الامتناع من جانب الموظف العام عن أداء واجبات وظيفته بالمخالفة للنص القانونى منها ما يلى :

الفرع الأول : جرائم امتناع القاضى عن الحكم .

الفرع الثانى : جرائم امتناع الموظف العام عن تنفيذ القوانين .

الفرع الثالث : جرائم امتناع الموظف العام عن أداء واجب الوظيفة .

الفرع الأول
جرائم امتناع القاضى عن الحكم فى الدعوى

النص التشريعى:

نصت المادة ١٢١ من قانون العقوبات المصرى على أنه :

" كل قاض امتنع عن الحكم أو صدر منه حكم ثبت أنه غير حق ، وكان ذلك بناء على سبب من الأسباب المذكورة فى المادة السابقة ، يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ١٥٥ مكرر وبالعزل".

عدلت بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٧ الصادر فى ١٩٥٧/٥/١٩ ونشر فى ١٩٥٧/٥/١٩. حيث تنص المادة ١٢٢ على أنه : " إذا امتنع أحد القضاة فى غير الأحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على مائتى جنيه".

- من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٧[1].

ثالثاً: فى الباب الخامس من الكتاب الثانى من قانون العقوبات تنص المادة ١٢١ على عقاب القاضى الذى يصدر حكمه بناء على التوسط أو الأمر أو الطلب أو الرجاء أو التوصية، أو يمتنع عن الحكم بسبب من ذلك، بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالعزل ولما كان القانون ٦٩ لسنة ١٩٥٣ قد استحدث حكماً جديداً بالمادة (١٠٥) مكرر يقضى بعقوبة السجن على الموظف العمومى الذى يقوم بعمل من أعمال الوظيفة ويمتنع عن أدائه نتيجة لرجاء أو نحوه ، فقد رؤى تنسيقاً للعقوبات فى الجرائم المتماثلة تعديل المادة ١٢١ بتغليظ العقاب لتكون بالسجن والعزل .

---

(١) د. حسن صادق المرصفاوى: المرصفاوى فى قانون العقوبات تشريعاً وقضاء فى مائة عام ، منشأة المعارف ، الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠١ ، ص ٥١١.

أركان الجريمة :

أولاً: الركن المادى : وله عنصران :

الأول : سلوك سلبى متمثل فى صوره امتناع عن الحكم، أو إيجابى فى صورة حكم وثبت مخالفته للحق .

الثانى: قيام علاقة السببية بين الحكم وبين السلوك سواء كان إيجابياً أو سلبياً (بامتناعه عن الحكم) وهو محل بحثنا هذا.

ومفهوم ذلك قيام علاقة السببية بين الامتناع (كسلوك سلبى) عن الحكم، وبين الأمر أو التوصية ...... الخ صلة السبب بالمسبب . وطبقاً لنص المادة فإن مصدر الأمر أو الطلب يكون موظفاً عمومياً لا من آحاد الناس، ففى الحالة الأولى نطبق نص المادة ١٢١ ، والحالة الثانية نطبق نص المادة ١٠٥ مكرر.

.... وقد ذهب بعض الفقهاء [1] لوجود عنصر أولى فى الركن المادى وهو توافر صفة القاضى ، وهو عنصر موضوعى أو افتراضى ينبغى توافره لنظر الدعوى.

ولنا رأى : هذه الصفة متوافرة مسبقاً لتطبيق نص المادة ولاستحقاق العقاب بالسجن أو العزل، ولكن أركان الجريمة – خاصة المادى- تتطلب السلوك الإيجابى أو السلبى وترتفع عن الصفة حيث أن الصفة هى سبب لتغليظ العقوبة – كما جاء بالمذكرة الإيضاحية – ومن ثم لا تدخل كعنصر من عناصر الركن المادى.

ثانياً: الركن المعنوى :

يقوم الركن المعنوى لجناية امتناع القاضى عن الفصل فى الدعوى على القصد الجنائى بعنصرية العلم والإرادة . ويتحقق العلم متى أحاط القاضى بسلوك الموظف العام المتمثل فى الأمر أو الطلب أو الرجاء أو التوجية.

واتجهت إرادة القاضى إلى الامتناع عن الحكم أو إصدار حكم غير حق بناء على أمر أو طلب أو رجاء أو توصية من موظف عمومى مع توافر العلم بكافة عناصر الجريمة.

.... وقد ذهب بعض الفقهاء[2] تأسيساً على ما سبق أنه إذا استجاب القاضى وأصدر حكماً غير حق - وكان جاهلاً تعارضه مع الحق – فلا يتوافر القصد الجنائى ومن ثم فلا تتوافر الجريمة المنصوص عليها ، إلا إذا كان وجه الجور فى الحكم مفهوماً إلى حد يستبعد معه أن يكون القاضى حسن النية .

ولنا رأى : هذا خلط فى مقصد الشارع ما بين الاستجابة أو الطلب .... الخ وما بين نتيجة الحكم الذى حكم به القاضى، وغاية الشارع تنزيه القاضى عن الاستجابة لثمة أوامر أو طلبات أو رجاء سواء من الموظف العمومى أو آحاد الناس، وذلك لقدسية القضاء واستقلاله .... أما القول بتوافر القصد الجنائى متى ثبت الجور فى الحكم حتى يصير منصوصاً مما يستبعد معه حسن النية فهو لا يطابق الواقع .... حيث مجرد الاستجابة تثير الشبهات.

.... كما ينبغى التفرقة ما بين الاستجابة للامتناع - سواء لسلوك إيجابى أو سلبى - وما بين التصور فى الحكم أو فساد الاستدلال أو عدم تحصيل صحيح للوقائع.

الطبيعة القانونية للجريمة :

الجريمة فى صورتها الأولى بالامتناع وهى جريمة امتناع مجرد وليس كما ذهب بعض الفقهاء[3] بأنها جريمة ذات حدث مختلف وهو النطق حلفاً بالحكم بعد إعداده أسباباً ومنطوقاً باستخدام ملكة الوعى والشعور فى فهم الواقعة وملكة الإرادة فى إنزال حكم القانون عليها .

كما يلاحظ أن الشروع فى هذه الجناية – جناية إنكار العدالة – غير متصور فى حالة الامتناع إذا أنه بمجرد حلول

---

(١) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ٥٠١ .
(٢) د رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ٥٠٣ .
(١) د. رمسيس بهنام : المرجع السابق ، نفس الصفحة.

أدوات الحكم ودون إصداره تعتبر الجريمة كاملة، ومعنى ذلك أنه إما أن يتحقق الامتناع فتقع الجريمة وإما لا يتحقق فلا تقع الجريمة . مثال ذلك، كما إذا كانت الدعوى لم تتهيأ بعد للحكم إذ ينقصها لتكوين الرأى فيها أمر لم يتوافر بعد[1].

عقوبة الجريمة :

إن العقوبة المقررة لهذه الجريمة هى عقوبة السجن والغرامة التى لا تقل عن مائتى جنيهاً ولا تزيد عن خمسمائة جنيهاً، هذا بالإضافة إلى عقوبة بالعزل.

الفرع الثانى
جرائم امتناع الموظف العام عن تنفيذ القوانين

النص التشريعي :

تنص المادة ١٢٣ من قانون العقوبات المصرى على أنه :

"يعاقب بالحبس والعزل فى وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة.

كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومى امتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضى ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً فى اختصاص الموظف ".

- عدل بالمرسوم بقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٥٢ الصادر فى ١٩٥٢/٨/٢ ونشر فى ١٩٥٢/٨/٧.

.... من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٥٢ .

وقد أضيفت فقرة جديدة إلى المادة ١٢٣ عقوبات قصد بها القضاء على ما كثرت منه الشكوى من امتناع الوزراء المسئولين فى الوزارات المختلفة عن تنفيذ الأحكام التى يصدرها مجلس الدولة أو تراخيهم فى تنفيذها ، الأمر الذى لم يكن يخضع الموظف المسئول عن التنفيذ إلا للمسئولية المدنية فقط .... مفاد النص بعقوبة الحبس والعزل لكل موظف عمومى يمتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضى ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر.

ومما تجدر الإشارة إليه أن مجرد التراخى فى تنفيذ الحكم إلى ما بعد الثمانية أيام المنصوص عليها فى المادة ١٢٣ من قانون العقوبات لا ينهض بذاته دليلاً على توافر القصد الجنائى، وذلك كما هو مقرر من أن القصد الجنائى فى الجرائم العمدية يقتضى تعمد ارتكاب الجانى للفعل المادى المكون للجريمة ، كما يقتضى فوق ذلك تعمده النتيجة المترتبة على الفعل.

أركان الجريمة :

أولاً: الركن المادى:

الركن المادى فى هذه الجريمة له صورتان: الأولى استعمال الفاعل (الموظف العمومى) سلطة وظيفته فى وقت تنفيذ لأوامر أو الأحكام ... الخ وهذا سلوك إيجابى. والصورة الثانية ، وهى امتناع هذا المختص المباشر (الموظف العمومى) عن تنفيذ الأحكام أو الأوامر (وهى محل بحثنا).

يلاحظ أن الفاعل فى هذه الجريمة يدخل فى اختصاصه المباشر تنفيذ الحكم أو الأمر، ويمتنع عملاً بإرادته الذاتية دون أن يتلقى أمراً أو توصية أو رجاء، ويضاف إلى ذلك ما تطلبه المشرع من مضى ثمانية أيام من تاريخ الإنذار على يد المحضر كشرط لتوافر العقاب .

... ومن الناحية التطبيقية فإنه يصعب كثيراً تحديد المتسبب فى عدم تنفيذ الأحكام أو الأوامر، ومن ثم فقد جرى العمل على

---

(١) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ٥٠٤ .

الإدعاء المدنى المباشر ضد المسئول عن تنفيذ الأحكام أو الأوامر أخذاً بالأحوط فى ذلك ، وهدفه فى ذلك أن إهدار الأحكام عدوان على حقوق صاحب المصلحة. ويكون ذلك بعد إقامة الدليل على استعمال سلطة الوظيفة فى منع تنفيذ الأحكام أو الأوامر[1] .

ثانياً: الركن المعنوى :

والركن المعنوى هو القصد الجنائى الخاص بالامتناع عمداً عن تنفيذ الحكم أو الأوامر أو اللوائح .

وهنا ينبغى التفرقة ما بين الإهمال الذى لا يرقى إلى درجة العمد وبين القصد الجنائى الخاص بالتعمد فى وقف التنفيذ، وهذا يتضح من ظروف وملابسات وقائع التصفية ومتروك للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع.

العقوبة :

العقوبة المقررة للجريمة فى صورتها هى الحبس والعزل (الإيجابى المتمثل فى استعمال سلطة الموظف والسلبى المتمثل فى الامتناع) والحبس هنا وجوبى على مرتكب الجريمة .

الفرع الثالث
جرائم امتناع الموظف العام عن أداء واجبات الوظيفة

تمهيد :

لما كان الموظفون العموميون هم الدعامة الكبرى التى يقوم عليها بناء الدولة، والأمناء على المصلحة العامة، وإليهم يعود الفضل فى صلاح الأداة الحكومية إذا أدوا واجبهم على وجه حسن، كما تقع عليهم تبعة فساد هذه الأداة إذا قصدوا أو أهملوا فى القيام بواجباتهم، لذلك أجمعت تشريعات الدول على تقرير أحكام اختصت فيها الموظفين العموميين ببعض القيود، ورتبت على مخالفتها عقوبات تختلف فى الشدة باختلاف الضرر الذى تحدثه أو قد تلحقه بالمصلحة العامة[2].

وقد رأى المشرع أن ترك العمل أو الامتناع عن أدائه من جماعة الموظفين أو المستخدمين يستوجب العقاب سواء كان من ثلاثة أفراد كما فى المادة (١٢٤) أو من فرد واحد كما فى المادة (١٤٠) – أو كما فى المادة (٣٧٤). وسوف نعرض فى كل فرع كل جريمة على حدة .

أولاً: جريمة امتناع الموظفين عن أداء واجبات الوظيفة لغرض شخصى

وقد ذهب بعض الفقه[3] إلى تسمية هذا النوع من الجرائم إلى جنحة الإخلال بحسن سير العمل العام.

النص التشريعى :

تنص المادة ١٢٤ من قانون العقوبات المصرى على أنه :

"إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ولو فى صورة الاستقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز سنة وبغرامة لا تزيد عن مائة جنيه.

(٢) ... ويضاعف الحد الأقصى لهذه العقوبة إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم

---

(١) قضى بأن إعلان الصورة التنفيذية للحكم المنفذ به إلى الموظف المختص المطلوب إليه بتنفيذه شرط لانطباق المادة ١٢٣ عقوبات ، نقض ٢٩ يناير ١٩٨٩ جج س ٤٠ رقم ٢٢ ص ١٣٦.

(٢) من المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٤ لسنة ١٩٥١.

(٣) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ٥١٥.

فى خطر أو كان من شأنه أن يحدث اضطراباً أو فتنة بين الناس أو إذا أضر بمصلحة عامة .

(٣) وكل موظف أو مستخدم عمومى ترك عمله أو امتنع عن عمل من أعمال وظيفته بقصد عرقلة سير العمل أو الإخلال بانتظامه يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة اشهر أو بغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه.

ويضاعف الحد الأقصى لهذه العقوبة إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم فى خطر أو كان من شأنه أن يحدث اضطراباً أو فتنة بين الناس أو إذا أضر بمصلحة عامة".

أركان الجريمة :

أولا: الركن المادى :

للجريمة صورتان: الأولى فى الفقرة رقم (١) وهى تعدد الفاعلين -ثلاثة على الأقل من الموظفين - امتنعوا عمداً عن أداء واجبات وظيفتهم باتفاق بينهم لتحقيق غرض مشترك . والثانية هى فاعل وحيد فى الفقرة رقم (٣) – وهى امتناع الموظف عن العمل بقصد عرقلة سير العمل أو الإخلال بانتظامه، وتشديد العقوبة إذا تعلق الامتناع بحياة أو صحة أو أمن الناس .

(١) الركن المادى فى الصورة الأولى :

ترك ثلاثة – على الأقل- من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ولو بتقديم استقالة، أو الامتناع عمداً عن أداء واجب من واجبات الوظيفة، وذلك باتفاق بينهم بغية تحقيق غرض مشترك بينهم .

فى هذه الصورة ربط المشرع الامتناع عن العمل أو ترك العمل واتفاقهم على ذلك وبين تحقيق الغرض المشترك بينهم . وذلك مستفاد من وحده الغرض المشترك بينهم الذى يسعون إليه لا يتحقق إلا بالاتفاق بينهم .

وتأسيساً على ذلك إذا اختلفت وحدة الغرض بينهم انتفى الاتفاق بينهم .

ويستوى فى ذلك السلوك المادى سواء الترك كلياً أو الامتناع جزئياً من واجب من واجبات الوظيفة، كما لم يشترط القانون تكرار الامتناع أو الترك أو استطالة الزمن، وإنما يكفى الترك أو الامتناع ولو لمرة واحدة، واتفاقهم ووحدة الغرض بينهم[1].

علة التجريم :

أراد المشرع عدم الإخلال بحسن سير العمل العام وعدم استغلال تلك الميزة (وهى العمل بالعمل العام) للإخلال بحقوق الأفراد أو غيرهم، حتى ولو كان ذلك فى صورة استقالة، طالما تحققت وحدة الغرض المشترك فيهم تحققت بالفعل – افتراضاً- وحدة الاتفاق بينهم .

(٢) الركن المادى فى الصورة الثانية :

إن الفقرة رقم (٣) اختصت الموظف الفرد بترك العمل أو الامتناع عن عمل من أعمال وظيفته .... وهذا السلوك السلبى – المجرد- من جانب الموظف غرضه عرقلة العمل أو الإخلال بنظامه – وتتحقق الجريمة – حتى لو قام زميل آخر بالعمل بدلاً منه، حيث إن المشرع جَرَّم الترك أو الامتناع لذاته إذا وجد الدليل على أن القصد منه بالإخلال العمل .

ثانياً: الركن المعنوى :

والركن المعنوى فى هذه الجريمة واحد فى الصورتين السابقين وهو القصد الجنائى والذى يتمثل فى انصراف إرادة الموظف العام إلى عرقلة العمل أو الإخلال بنظام العمل (عمداً).

---

(١) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ٥١٦.

وتأسيساً على ذلك يخرج الإهمال البسيط فى العمل سواء بالترك أو بالامتناع . ويترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع.

الظرف المشدد :

نصت المادة (١٢٤) على ظرف مشدد لعقوبة صورتى الركن المادى (المتعدد – الوحيد) وهو أن يكون من شأن الترك أو الامتناع جعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم فى خطر أو إحداث فتنة بين الناس أو الإضرار بمصلحة عامة. وهذه الأمثلة لتوضيح الظرف المشدد.

المثال الأول : امتناع ثلاثة جنود من شرطة المطافئ عن واجب من واجبات عملهم مما أدى إلى اشتعال الحريق وامتداده لباقى المنازل المجاورة وتهديد حياة الناس .

المثال الثانى : امتناع ثلاثة من الأطباء البيطريين عن معالجة فيروس أنفلونزا الطيور فى إحدى المزارع مما يهدد الصحة العامة للمواطنين .

المثال الثالث : امتناع ثلاثة من ضباط الشرطة عن القبض على أحد الإرهابيين المطلوب ضبطه وتركه طليقاً حراً مما يهدد أمن الناس .

المثال الرابع: امتناع ثلاثة من الفنيين فى مصنع – كمصنع غزل مثلاً – عن الإنتاج مما أدى إلى عرقلة تصدير المنتج إلى الدولة المتعاقد معها – مما أدى إلى توقيع الشرط الجزائى.

... وعلى النيابة العامة إقامة الدليل من خلال ظروف وملابسات الوقائع ويترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع لتغليظ العقوبة استناداً للظرف المشدد. .

عقوبة الجريمة :

عقوبة الجريمة فى صورة الفاعل المتعدد هى الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تجاوز سنة وغرامة لا تزيد على مائة جنيه بالنسبة لكل منهم ، وإذا توافر الظرف المشدد صارت العقوبة لكل منهم مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تجاوز سنتين وغرامة لا تزيد على مائتى جنيه .

وعقوبة الجريمة فى صورة جريمة الفاعل الوحيد هى الحبس مدة لا تجاوز الستة أشهر أو غرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه، وإذا توافر الظرف المشدد صارت العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سنه أو الغرامة التى لا تتجاوز ألف جنيه .

ثانياً:جريمة التوقف عن العمل بالمصالح ذات النفع العام

النص التشريعى :

تنص المادة ٣٧٤ من قانون العقوبات المصرى على أنه :

"يحظر على المستخدمين والأجراء الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة فى المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة ولو لم يكن موضوعاً لها نظاماً خاصاً أن يتركوا عملهم أو يمتنعوا عنه عمداً .

وتجرى فى شأن ذلك جميع الأحكام المبنية فى المادتين ١٢٤ ، ١٢٤م وتطبق العقوبات المنصوص عليها فيهما على هؤلاء المستخدمين والأجراء على المحرضين والمشجعين والمجندين والمذيعين على حسب الأحوال[(1)] .

والتوقف عن العمل – بدون مراعاة الأحكام والمواعيد المنصوص عليها فى الأحكام واللوائح – يعد جريمة وكل

---

(١) عدلت بالمرسوم بقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٤٦ الصادر فى ١٩٤٦/٨/١٤ ونشر فى ١٩٤٦/٨/١٩ ، ثم بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥١ الصادر فى ١٩٥١/٢/٥ ونشر فى ١٩٥١/٢/٨- راجع المذكرة الإيضاحية بقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٤٦ تحت المادة ١٢٤- راجع ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥١ تحت المادة ١٢٤.

من يحرض على التوقف عن العمل يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنه او بغرامه لا تزيد عن مائة جنيه" .

صفة الجاني في مفهوم المادة ٣٧٤ :

لا يشترط أن يكون الجانى هنا موظفاً عاماً بل يكفى أن يكون من المستخدمون القائمون بخدمة عامة أو بالخدمة فى المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة .

أركان الجريمة :

أولاً: الركن المادى : هو ترك العمل أى عدم الذهاب إلى مقر العمل أو مغادرته بعد القدوم إليه أو الامتناع عن العمل رغم التواجد فى مقره ، وهذا السلوك السلبى مجرد ولا يتصور فيه الشروع .

ثانياً: الركن المعنوى : انصراف المتهم إلى ترك العمل أو الامتناع عن أدائه. ويخرج من هذا الإطار إذا أخرج شخص بالقوة من العمل أو منع من التوجه إلى العمل .

العقوبة :

أحالت المادة (٣٧٤) إلى المادتين ١٢٤ ـ ١٢٤ (أ) لتطبيق أحكامها، ويعنى ذلك أن الجريمة إذا كانت فى صورة فاعل متعدد تقع من ثلاثة على الأقل – فيعاقب كل منهم بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه، وأيضاً التشديد فى العقوبة بالحد الأقصى للعقوبة إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه جعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم فى خطر أو حدوث اضطراب أو فتنة بين الناس .

وإذا وقعت الجريمة من أحدهم – كفاعل وحيد- بالترك أو الامتناع بقصد العرقلة أو الإخلال بنظام العمل – يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر وغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه وتضاعف إلى الحد الأقصى إذا توافر الظرف المشدد.

ثالثاً: جريمة الامتناع عن حراسة مقبوض عليه

النص التشريعى:

نصت المادة ١٤٠ من قانون العقوبات المصرى على أنه :

"كل من كان مكلفاً بحراسة مقبوض عليه أو بمرافقته أو بنقله وساعده على الهرب أو سهل له أو تغافل عنه يعاقب طبقاً للأحكام الآتية :

إذا كان المقبوض عليه محكوماً عليه بالإعدام تكون العقوبة السجن المشدد وإذا كان محكوماً عليه بالسجن المؤبد أو المشدد أو كان متهماً بجريمة عقوبتها الإعدام تكون العقوبة السجن وفى الأحوال الأخرى تكون العقوبة الحبس" .

أركان الجريمة :

أولاً: الركن المادي :

سلوك سلبى من جانب المكلف بحراسة المقبوض عليه حال مرافقته أو نقله من مكان لآخر مما أدى إلى مساعدة المقبوض عليه للهرب نتيجة التغافل عنه عمداً .

وهذه الجريمة تتوافر فى حق المكلف بالحراسة وهى تخص بالأحرى أفراد الشرطة، ولذا حرص المشرع على عقاب صدر بالسلوك السلبى المؤدى إلى هروب المقبوض عليهم طبقاً للقواعد القانونية مما أدى إلى إهدار العدالة فيما بعد، ولها صور متعددة مثل عدم إحكام غلق القيد الحديدى على معصم المقبوض عليه – أو تغيير خط سير نقله على مكان

حراسته إلى مكان آخر غير آمن ...... الخ .

ثانياً: الركن المعنوي :

ويتمثل فى انصراف إرادة الحارس (الموظف العام) إلى تسهيل الشخص المقبوض عليه والمكلف بحراسته أو بمرافقته أو بنقله.

ولنا رأى : لا يتصور لنا الشروع فى هذه الجريمة – حيثما إذا تم ضبط الهارب بعد هروبه بفترة وجيزة إذ الجريمة تمت بمجرد الامتناع عن ضبطه بتسهيل هروبه (التغافل عن أحكام السيطرة عليه).

العقوبة :

تختلف العقوبة باختلاف وضع المقبوض عليه الذى سهل له الحارس الهرب ، إذ أن الفعل قد يكون له وصف الجناية وقد يكون له وصف الجنحة وذلك على النحو الآتى :

(١) إذا كان المقبوض عليه محكوماً عليه بالإعدام تكون العقوبة هى السجن المشدد .

(٣) فى غير الحالتين السابقتين تكون العقوبة هى الحبس .

ومن الجدير بالذكر أنه يعاقب على الشروع فى الحالتين الأولى والثانية ، أما فى الحالة الثالثة فلا يعاقب على الشروع لعدم وجود نص ، والقاعدة أنه لا عقاب على الشروع فى الجنح بغير نص.

المطلب الثالث

جرائم الامتناع (المتعلقة بالأسرة)

وسوف نعرض من جرائم الامتناع الماسة بالأسرة جريمة عدم تسليم طفل إلى ذويه (الامتناع عن تسليم طفل م ٢٨٤ فى فرع أول – وفى فرع ثان لجريمة الامتناع عن دفع نفقة المحكوم بها .

الفرع الأول

جريمة الامتناع عن تسليم طفل

النص التشريعى:

تنص المادة ٢٨٤ من قانون العقوبات المصرى على أنه :

"يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه كل من كان متكفلاً بطفل وطلبه منه من له حق فى طلبه ولم يسلمه إليه".

كما تنص م (٢٩٢) عقوبات معدل بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ :

"يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز السنة وبغرامة لا تزيد عن الخمسمائة جنيه مصرى أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء وصادر بشأن حضانته أو حفظه، وكذلك أى الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه، ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه".

وقد رفع المشرع الحد الأقصى لعقوبة الغرامة فأصبح خمسمائة جنيه بدلاً من خمسين جنيهاً بموجب القانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٢ الصادر فى ١٩٨٢/٤/١٤ ونسر فى ١٩٨٢/٤/٢٢ .

ملاحظه:

نص المادتين يتناول الامتناع عن تسليم الصغير لمن له الحق فى حضانته ، وهى من الجرائم المستمرة المتتابعة أو المتجددة . ومن ثم محاكمة الجانى لا تكون إلا على الأفعال السابقة على رفع الدعوى .

والأصل أن تكون الحضانة لمن تكون له شرعاً. فإذا أخذه آخر ولم يقدم دليلاً (حكم بالحضانة) وقع تحت طائلة نص م ١٨٤ .

والفرق بين المادتين أن الأولى تشمل أى شخص من الأقارب أو غير المتكفل بطفل ، أما الثانية فهى فمقصورة على أن الطفل بيد الوالدين أو الجدين فقط.

أولاً: جنحة عدم تسليم طفل إلى ذى الحق فى طلبه

وسوف نعرض أركان جريمة كل مادة على حده فى مطلبين : أركان جريمة **المادة (٢٨٤) :**

أولاً: الركن المادى :

يتكون الركن المادى هنا من سلوك سلبى من الجانى بالامتناع عن تسليم الطفل إلى صاحب الحق فى طلب تسليمه:

ومثال ذلك أن يكون الأب: قد غادر البلاد للخارج للعمل وترك طفله لدى آخر كمعلم لتربيته وتعليمه وعندما عاد رفض الأخير تسليمه الطفل .

ويلاحظ أن الجريمة تبدأ بارتكابها من وقت المطالبة برد الطفل والامتناع من قبل المتكفل بالطفل، وفضلاً عن ذلك فإنها قابلة للاشتراك بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة[1].

ويقصد بالطفل كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشرة ميلادية كاملة ويثبت السن بموجب شهادة الميلاد أو بطاقة الرقم القومى أو أى مستند رسمى آخر ، فإذا لم يوجد المستند الرسمى أصلاً قدرت السن بمعرفة إحدى الجهات التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الصحة[2].

وهناك إشكالية خاصة بكيفية إثبات طلب من له الحق فى طلب الطفل من المتكفل، هل يتم ذلك بصورة شفوية أم كتابية؟ ومن المعلوم والمنطقى أن التسليم السابق قد ضبط بصورة شفوية أو كتابية، فإن ذلك يتم بأى صورة، لكن المطالبة برد الطفل من المتكفل لم ينظمه القانون، ويخضع ذلك إلى القواعد العامة من إثبات ذلك من شهادة الشهود أو الإقرارات الكتابية أو إقامة الدليل على ذلك وذلك يكون من واقع ظروف وملابسات الدعوى.

ثانياً: الركن المعنوى :

ويتمثل فى انصراف إرادة المتكفل بالطفل إلى عدم تسليمه لصاحب الحق فى طلبه.

ولابد من الباعث حيث يتوافر القصد الجنائى كالتعلل من قبل المتكفل برهن الطفل عنده حتى يتم تسليمه قيمة النفقات والمصروفات التى أنفقها على الطفل.

فالجريمة من طبيعة الجرائم ذات السلوك السلبى المجرد بالامتناع، كما لا يحق للمتكفل حبس الكفل وفاء للدين استناداً إلى نص المادة ٢/٢٤٦ من القانون المدنى لأن الطفل ليس بشىء.

وقد ذهب بعض الفقهاء[3] إلى أن هروب الطفل من المتكفل إلى جهة يجهلها لا تتوافر فى امتناع المتكفل عن تسليم الطفل لتخلف القصد الجنائى مهما حدث من إهمال فى ملاحظة الطفل منعاً له من الهرب .

وفى تقديرنا أن هروب الطفل من المتكفل بدون علمه وبدون إرادته لا يسقط القصد الجنائى، ولكن الجريمة تمت وقت الامتناع عن طلبه وانصراف إرادته إلى عدم تسليمه، ولكن واقعة هرب الطفل تمت بسبب لا دخل لإرادة الجانى فيه،

---

(١) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ١٠٠٥ .

(١) مادة ٢ مكرر من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨.

(١) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ١٠٠٦.

وهى واقعة الهروب إلى جهة يجهلها، ومن ثم تكون الجريمة تامة متى ثبت الدليل على ذلك واستخلصته النيابة العامة وقاضى الموضوع من ظروف وملابسات الدعوى .

عقوبة الجريمة :

تعاقب المادة ٢٨٤ع على هذه الجريمة بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه ، ولا عقاب على الشروع لعدم النص ، كما أنه لا يتصور الشروع هنا لوقوع الجريمة بالامتناع وانصراف الإرادة إلى عدم التسليم .

ثانياً: أركان جريمة عدم تسليم أحد الوالدين أو الجدين لمن حكم له بحضانته أو خطفه منه

علة التجريم وطبيعة الجريمة :

المفترض هنا أن الطفل يكون فى كنف ورعاية أحد والديه أو أحد الجدين وبينهما صلة الدم ، إلا أن المشرع خلافاً للأصل القانونى جعل الخطف هنا ثم الامتناع عن تسليم الطفل جنحة وليس جناية، وذلك لعدم احترام الأحكام الصادرة من القضاء خاصة أن تلك الجرائم يغلب عليها المشاعر الأبوية أو مشاعر الأمومة وتغفل أو تتناسى احترام النظام العام.

أركان الجريمة :

أولاً: الركن المادى : السلوك المادى هنا (محل بحثنا) هو الامتناع عن تسليم الصغير إلى من صدر له حكم بحضانته .

والمفترض هنا صدور حكم قضائى من المحكمة واجب النفاذ. وينبغى التفرقة هنا بين صدور حكم بالحضانة والامتناع عنه والامتناع عن تنفيذ حكم الرؤية، حيث نص المادة ١٩٢ خاص بالامتناع عن تسليم الطفل إلى من له الحكم بحضانته[1].

ويجدر الإشارة إلى أن الأم يحق لها طلب إصدار الأمر من نيابة الأحوال الشخصية مشمولاً بالنفاذ الجبرى بتسليمها الصغير تحت أى يد كانت، والدليل فى ذلك أن حضانة الصغير ثابتة للأم ثبوتاً فرضياً أقره الشرع والقانون والنظام العام وعلى الأب أن يثبت الحالات التى يسقط بها حق الأم فى الحضانة.

ثانياً: الركن المعنوى : ويتمثل فى انصراف إرادة الجانى إلى عصيان القرار أو الحكم القضائى بتسليم الطفل إلى من له الحق فى حضانته .

عقوبة الجريمة :

يعاقب المشرع على هذه الجريمة بعقوبة الحبس الذى لا يتجاوز سنة أو الغرامة التى لا تزيد عن خمسمائة جنيه.

الفرع الثانى
جريمة الامتناع عن دفع نفقة المحكوم عليه

النص التشريعى :

تنص المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات المصرى على أنه :

---

(١) د. المرصفاوى ، المرجع السابق ، ص ١١٣١ ، ١١٣٢ ، إذا كان الحكم قد دان المطعون ضده بتهمة أنه لم يسلم ابنه لوالدتها لرؤيتها طبقاً للفقرة الأولى من م ١٩٢ ع مع صراحة نصها ووضوح عبارتها لقصرها على حالة صدور قرار قضائى بشأن الحضانة مما لا يصح معه الانحراف عنها بطريقة التفسير أو التأويل إلى شموله حالة الرؤية فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وفى تأويله (١٩٧٢/٣/٢٧) أحكام النقض س٢٣ ق١٠٧ ص٤٨٣).

"كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو سكن، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو بإحدى هاتين العقوبتين. ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون العقوبة بالحبس مدة لا تزيد على سنة.

وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً عن صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة" .

طبيعة الجريمة :

هذه الجريمة تمس نظام الأسرة وتؤثر فى الروابط العائلية، ومن هنا حرص المشرع على تعليق المحاكمة على شكوى صاحب الشأن، وله تعديل شكواه والتنازل فى أية مرحلة من مراحل الدعوى ما لم يصدر حكم نهائى مما يسقط الدعوى، وقد منح المشرع فرصة للمحكوم عليه للخلاص من العقوبة إذا أبرأ ذمته أو قدم كفيلاً قبله صاحب الشأن فتوقف العقوبة .

أركان الجريمة :

أولاً: الركن المادي :

الامتناع عن دفع النفقة للزوج أو الأقارب .... الخ وهذا الامتناع لا يتوافر إلا بأربعة شروط هى كالآتى :

الشرط الأول : صدور حكم قضائى واجب النفاذ لمن عليهم واجب الإنفاق .

الشرط الثانى: سابقة التنبيه عليه بالدفع ، ويتم إعلانه بالدفع بالطرق المقررة فى قانون المرافعات لإعلان الأحكام قبل تنفيذها.

الشرط الثالث : مضى ثلاثة شهور على التنبيه ، وهذا الشرط كافٍ لإثبات أن المدين مماطل فعلاً، فضلاً عن أن الأضرار بمستحق النفقة لا يظهر أثره إلا بعد فوات مدة معينة[1] وتكون القواعد المقررة فى قانون المرافعات هى التى تحكم مسألة تكليف المدين بالوفاء.

الشرط الرابع : ثبوت القدرة على الدفع : صدور حكم بالنفقة يعنى إشغال ذمة المتكلف بالدين .... ولا ينقضى الدين إلا بالوفاء أو الإبراء .... والوفاء يقتضى القدرة على الدفع وعدم عسر المدين. وثبوت القدرة على الدفع أصلاً له مرجع أساسى فى مراحل النظر فى الدعوى قبل متطلبات المدين وعمله ودخله ... الخ حيث تحديد النفقة راجع إلى تقدير المحكمة لذلك ..... ومن ثم وبعد صدور الحكم تستمد القدرة على الدفع ما لم يطرأ شيء جديد أصاب القدرة المالية للمدين بصورة قهرية خارجة عن الإرادة كالحريق مثلاً أو الإفلاس .... ويرجع ذلك لتقدير المحكمة .

..... وعلى ذلك إذا ما توافرت تلك الشروط اكتمل الركن المادى للامتناع عن النفقة .

ثانياً: الركن المعنوى :

ويتمثل فى انصراف إرادة المدين إلى عدم الدفع مع ثبوت علمه بذلك، وفى رأينا أن هذه الجريمة تحتاج إلى قصد جنائى خاص هو نية الإضرار بمستحق النفقة أو الأجر .

القيد الإجرائى على رفع الدعوى العمومية بشأن الجريمة :

لا يجوز رفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى وتخضع لقواعد المادة ٢/٣ من قانون الإجراءات الجنائية أى تقديمها فى ظرف ثلاثة شهور من تاريخ انقضاء الشهور الثلاثة التالية للتنبيه، وإلا سقط الحق فى تقديمها وأيضاً يجوز التنازل قبل حكم قضائى نهائى.

---

(١) د.شريف فوزى محمد فوزى: المرجع السابق، ص ٣٧٧.

وبعد الحكم يكون تنفيذه واجبا ما لم يتم التنازل عن الحكم، وإذا ابرأ ذمته بالدفع يوقف التنفيذ او قدم كفيلا يقبله المحكوم عليه هذا فضلاً عن انعقاد الاختصاص المكانى لمحكمة الموضوع[1].

عقوبة الجريمة :

تنص المادة على عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وفى حالة العود لارتكاب الجريمة يحكم بالحبس وجوباً مدة لا تزيد عن سنة. وإذا وقعت الجريمة الثانية فى حدود المدة المقررة فى المادة ٤٩ عقوبات لاعتبار الشخص عائداً طبقت أحكام المادة ٥٠ وجاز تجاوز الحد الأقصى للعقوبة دون تعدى ضعفه[2].

ويلاحظ أن المشرع لم يحدد فترة زمنية بين الحكم الأول ووقوع الجريمة الثانية، وذلك استناداً إلى طبيعة هذه الجريمة من جريمة مستمرة ووقتية ... وإنما قصد بذلك المشرع حفاظاً على الروابط الأسرية بين الممتنع الصادر لصالحه الحكم من جهة، ومن جهة أخرى لم تقيد القاضى وترك ذلك لسلطته التقديرية فى تقدير الوقائع، متضمنة الضرر الملحق بمستحق النفقة من عدمه .

الإعفاء من العقوبة : فى حالتين :

الأولى : إبراء ذمة المحكوم عليه بوفاء ما عليه من نفقة .

الثانية : تقديم كفيل قبله المحكوم لصالحه .

جدير بالذكر أن طلب الإعفاء يكون بعد أن يصبح الحكم نهائياً وقد ذهب البعض[3] إلى إضافة طلب للإعفاء فإنه يحق للمجنى عليه طلب الإعفاء من تنفيذ العقوبة حتى فى توافر الحالتين .

ولنا رأى :

أن هذا خارج عن النظام القانونى للمادة، وطلب الإعفاء من المجنى عليه هو تحصيل حاصل، إذ فى معناه التنازل عن استلام النفقة، ومن ثم المثول أمام القاضى والإقرار باستلام النفقة، أو قبول الكفيل الذى ارتضاه من قبل المدين . وذلك كله يرجع إلى طبيعة هذه الجريمة وحفاظاً على روابط الأسرة الواحدة.

المطلب الرابع
جرائم الامتناع الماسة بسلامة جسم الإنسان وحقه فى الحياة

تمهيد :

الأصل أن القتل يتم بسلوك إيجابى إلا أنه يمكن حدوثه بسلوك سلبى يتمثل فى الامتناع عن إتيان سلوك ينجم عنه وفاة إنسان، مثل امتناع الأم عن ربط الحبل السرى لوليدها أو الامتناع عن إرضاعه فيموت، أو امتناع الطبيب عن إجراء جراحة مستلزمة لإنقاذ حياته[4].

والقانون لا يهمه أن يترتب الحدث بفعل إيجابى أم بفعل سلبى، بوسيلة مادية أو معنوية، طالما أنها أسباب صالحة لإحداث النتيجة الممنوعة[5].

---

(١) تنص م ٢١٧ من قانون الإجراءات (يتعين الاختصاص بالمكان الذى وقعت فيه الجريمة أو الذى يقيم فيه المتهم أو يقبض عليه فيه).
(٢) د. رمسيس بهنام: المرجع السابق ، ص ١٠٣١.
(٣) د. شريف فوزى: المرجع السابق ، ص ٣٨٢.
(٤) د. فتوح الشاذلى: شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ٢٠٠٣ ، ص ٣٨.
(٥) د. جلال ثروت: نظم القسم الخاص فى قانون العقوبات ، طبعة السعدنى ٢٠٠٦ ، ص ٥٨-٥٩.

وعلى الرغم من اتفاق الفقه الجنائي حول صلاحية السلوك الإيجابي لأن يكون سببا للوفاة ، إلا انه انقسم بشأن السلوك السلبي . وقد انقسم الفقه المؤيد للسلوك السلبي في إحداث الوفاة فيما بينهم: هل يتم ذلك وفقا لالتزام بنص قانوني أو تعاقدي؟ أم أن الامتناع راجع لمبادئ الأخلاق والشهامة ؟

وقد تعرضنا عند بحث علاقة السببية لآراء كل اتجاه على حدة ومناقشة آراءه ، وانتهينا إلى تأييدنا للاتجاه المؤيد لصلاحية السلوك السلبي ، وتكوينه للركن المادي للقتل، وقد اشترط الفقه المصري شرطين[1] :

الشرط الأول: واجب قانوني أو تعاقدي على الممتنع ، يلزمه بالتدخل لإنقاذ المجني عليه أو رعايته، فيحجم إراديا عن الوفاء بهذا الالتزام.

وتأسيسا على ذلك تُسأل الأم عن قتل وليدها إذا امتنعت عن ربط الحبل السرى أو الامتناع عن رضاعته إلى أن يموت، وكذلك الممرضة التي تمتنع عن إعطاء العلاج للمريض حتى يموت.

وعلى العكس من عدم وجود الواجب القانوني أو التعاقدي فيمتنع على الممتنع مساءلته، كالشخص الذي يشاهد غريقاً يشرف على الهلاك فلا ينقذه رغم استطاعة ذلك، وإن كان ذلك مخالفاً للمروءه والشهامة والأخلاق.

الشرط الثاني: قيام علاقة السببية بين الامتناع وبين النتيجة ، أي جعل الامتناع هو السبب في حدوث الوفاة وطبقاً للمجرى العادي للأمور .

أما إذا توافر سبب آخر أدى إلى حدوث النتيجة الإجرامية، واقتصر دور الامتناع على كونه أكثر ملاءمة لحدوث النتيجة، فإن الامتناع قد سقط كسبب لحدوث النتيجة ولا تعزى إليه، ومن ثم لا يسأل الممتنع عنها إذا تحققت[2].

خلاصة ما تقدم ، وقوع جريمة القتل بالامتناع أو الترك، بشرط أن يكون على الممتنع واجب قانوني يفرض عليه الحيلولة دون تحقق الوفاة، ويسأل الممتنع طالما توافرت علاقة السببية الملائمة أو الكامنة لإحداث النتيجة.

موقف القضاء المصري :

لم يتبين منها اتجاه واضح ... فقد قضت محكمة جنايات الزقازيق في ٩ فبراير ١٩٢٥ [3] ببراءة أم تركت وليدها يموت بعد ولادته من تهمة القتل العمد استناداً، إلى أنها لم ترتكب عملاً إيجابياً يستفاد منه توافر قصد القتل لديها .

كما اعتبر قاضي إحالة المنيا أن امتناع الأم عمداً عن ربط الحبل السرى لوليدها حتى مات جنحة قتل خطأ، عدم التحقق من توافر القصد الجنائي لديها،واستناداً على الراجح من الفقه الفرنسي من أن القتل العمد لا يقع بطريق الامتناع.

وقررت محكمة النقض أن تعجيز شخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً وتركه في مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة يعتبر قتلاً عمداً متى اقترن ذلك بنية القتل وكانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال .. ولا يصح الاستدلال من هذا الحكم أن محكمة النقض أخذت بالراجح من الفقه المصري بإمكانية قيام القتل العمد بالامتناع،وذلك لاختلاط السلوك السلبي للمتهمين بأفعال إيجابية تكاتفت جميعاً إلى النتيجة التي تحققت بوفاة المجني عليه.

القتل بسلوك مختلط :

وقد سبق وأن تعرضنا له .

والفقه يجمع على مسئولية الجاني عن القتل في هذه الحالة لأن سلوك الجاني تمثل في مجموعه من الحركات العضلية الإرادية المختلطة منها ما هو إيجابي وما هو سلبي. وما الامتناع إلى حلقات العمل المؤدي إلى إثارة، وبمعنى آخر وسيلة للمحافظة على إثارة الفعل الإيجابي، أو حلقة من حلقات الفعل المؤدي لإحداث النتيجة .

... ما سبق عرضه يتعلق بالسلوك الإجرامي (البسيط) المكون من فعل واحد (امتناع أو فعل) ، أما إذا تعدد السلوك بتعدد

---

(١) د. فتوح الشاذلي: المرجع السابق، ص ٢٥.

(٢) د. فتوح الشاذلي: ، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٣) نقض ٢٨ ديسمبر ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية جـ٤ ، رقم ٢٨ ، ص ٢٧.

الأشخاص واختلاط السلوك الإيجابى والسلبى فيخضع ذلك للقواعد العامة للمساهمة الجنائية المنصوص عليها فى المواد ٣٩ إلى ٤٤ من قانون العقوبات المصرى .

المطلب الخامس
جرائم التزوير بالامتناع

تمهيد :

لم يضع المشرع المصرى تعريفاً للتزوير فى المحررات المعاقب عليها ، وإنما ذكر فقط طرق التزوير المادية (المادة ٢١١ عقوبات) وطرق التزوير المعنوية (٢١٣ عقوبات). والرأى الغالب فى الفقه يأخذ بتعريف الأستاذ الفرنسى أميل جارسون Emil Garçon الذى جاء فيه أن التزوير هو تغيير الحقيقة بقصد الغش فى محرر بإحدى الطرق التى نص عليها القانون تغييراً من شأنه أن يسبب ضرراً للغير[1] .

التزوير بالترك :

قائم فى صور منها ذلك الصراف الذى يتسلم مبلغاً لوضعه فى الخزينة فلا يثبته فى الدفاتر ممتنعاً عن إمساك الدفاتر تمهيداً لاختلاسه، وإغفال المدين أثناء تحريره لعقد القرض إدراج الشرط الخاص بالفوائد .

بيان ما سبق أن الترك هنا عملاً سلبياً ينتج عنه تغيير للحقيقة من شأنه إحداث ضرر بالغير .. وقد ذهب الراجح فقهاً وقضاءً اعتبار الترك تزويراً معنوياً يجعله فى صورة واقعة صحيحة، وذلك على اعتبار أن طرق التزوير المادى جاءت على سبيل الحصر (فى المادة ٢١١ عقوبات ، ٢١٧ ، ٢٢١ ، ٢٠٦ ، ٢٠٨) .

ولا يجوز أن يقال أن الترك لا يعد تغييراً للحقيقة بدعوى أن المحرر يبقى بعد الترك كما كان قبله خالياً من كل بيان مغاير وإنما ينظر إلى ما كان يجب أن يتضمنه المحرر فى مجموعه، فإذا ترتب على الترك تغيير فى مؤدى هذا المجموع اعتبر ذلك تغييراً للحقيقة[2] .

المطلب السادس
جريمة الامتناع عن دفع ثمن الأطعمة والمشروبات
م ٣٢٤ مكرر

النص القانونى (م٣٢٤):

"يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة اشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تناول طعاماً أو شراباً فى محل معد لذلك ولو كان مقيماً فيه، أو شغل غرفة أو أكثر فى فندق أو نحوه، أو استأجر سيارة معدة للإيجار مع علمه أنه يستحيل دفع الثمن أو الأجرة. أو امتنع بغير مبرر عن دفع ما استحق من ذلك أو فرّ دون الوفاء به ".

طبيعة الجريمة وعلة التجريم :

الجريمة من الجرائم المادية التى تسبب ضرراً للغير ومن جرائم السلوك المتعدد، بمعنى أنها تتحقق بسلوكين أحدهما إيجابى مثل تناول الطعام أو الإقامة بالفندق أو استئجار السيارة ثم الامتناع كسلوك سلبى عن دفع الثمن .

وعلة التجريم حماية لحقوق أصحاب المحال التجارية والمطاعم والفنادق .

---

(١) د. فتوح الشاذلى: المرجع السابق، ص ٢٧٦ .

(٢) نقض ١٩٨٣/١/٢٥ أحكام النقض س ٣٤ ق ٣١ ص ١٧٤ نقض ٤ فبراير ١٩٣٥ مجموعة القواعد ج٣ ق٣٢٨ ص٤١٧.

أركان الجريمة :

أولاً: الركن المادى : السلوك الإيجابى فى هذه المادة واحد من ثلاث صور :

١- تناول الطعام أو المشروبات فى محل معد لذلك .

٢- شغل غرفة فى فندق .

٣- استئجار سيارة .

والذى يهمنا هنا هو السلوك السلبى .

فالسلوك السلبى من الركن المادى هو الامتناع بغير مبرر عن دفع المستحق من الثمن أو الأجرة ... أما إذا وجد المبرر للامتناع فلا تقوم الجريمة ، وكذلك فرار الجانى دون الوفاء وهذا يمثل صورة للامتناع ذاته . ذلك أن الامتناع المسبوق بفعل إيجابى يكون دور الامتناع - وفقاً للرأى الراجح فى الفقه وما أكدته محكمة النقض - هو المحافظة على آثار الفعل الإيجابى .

ثانياً: الركن المعنوى :

القصد الجنائى فى هذه الجريمة هو القصد الجنائى العام، ويختلف مدلوله حسب الأحوال الثلاثة التى وردت فى نص المادة، ويتمثل بوجه عام فى انصراف إرادة المستهلك أو المستأجر إلى عدم الوفاء بالثمن أو الأجرة ... وأما إذا غادر المستهلك أو المستأجر المحل فى عجلة ناسياً دفع الأجرة ... أو نسى حافظة نقوده ثم ذهب إلى مسكنه وأحضرها فلا يكون قاصداً الامتناع عن الدفع، ومن ثم ينتفى القصد الجنائى وتنتفى الجريمة بالتبعية.

عقوبة الجريمة :

إن العقوبة المقررة على هذه الجريمة هى عقوبة الحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

المبحث الثانى
نماذج تطبيقية لجرائم الامتناع فى التشريعات الجنائية الخاصة والمكملة

تمهيد :

سوف نقصر دراستنا فى هذا المبحث على بعض النماذج التطبيقية لجرائم الامتناع فى التشريعات الجنائية الخاصة والمكملة وسوف نحاول من خلال دراسة هذه النماذج بيان السلوك السلبى وأثره فى تحقيق النتيجة التى جرمها القانون – أن تطلب ذلك- من خلال ما يلى :

المطلب الأول: جرائم الامتناع عن المساعدة الطبية والعلاجية

المطلب الثانى : جرائم الامتناع عن المساعدة البحرية

المطلب الثالث : جرائم الامتناع فى قانون مكافحة غسل الأموال

الفرع الأول : جريمة الامتناع عن الإخطار بالعمليات المشتبه فيها بغسل الأموال

الفرع الثانى : جريمة الامتناع عن إمساك السجلات والمستندات الخاصة بالعمليات المالية

المطلب الرابع : جرائم الامتناع عن التصويت .

المطلب الخامس : جرائم الامتناع فى قانون الأسلحة والذخائر.

الفرع الأول : عدم تجديد ترخيص السلاح فى الميعاد القانونى .

الفرع الثانى : التستر على حيازة أسلحة أو خائر غير مرخص بها .

الفرع الثالث : عدم التزام بعض الفئات المعفاة بالواجبات المفروضة عليهم قانوناً.

المطلب السادس : التشريعات الخاصة بالمواليد والوفيات.

الفرع الأول : جريمة عدم التبليغ عن المواليد .

الفرع الثانى : جريمة عدم التبليغ عن الوفيات .

المطلب الأول
جرائم الامتناع عن المساعدة الطبية والعلاجية

تمهيد :

لا يوجد أى نص فى القانون يحرم المريض من العلاج ، بل على العكس من ذلك فإن الدستور المصرى حرص على تقرير حق الإنسان فى الصحة وذلك بمقتضى نص المادة ١٦ من الدستور المصرى والتى نصت على أنه "تكفل الدولة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية وتعمل بوجه خاص على توفيرها ..." وقد نصت كذلك المادة ١٧ من الدستور المصرى على أنه : "تكفل الدولة خدمات التأمين الاجتماعى والصحى ومعاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة للمواطنين جميعا".

وقد ورد فى لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشرى – والتى اعتدتها المعية العمومية العادية لنقابة الأطباء فى الثالث عشر من أبريل عام ١٩٧٣ ، وقد صدر بها قرار وزير الصحة رقم ٢٣٤ لعام ١٩٧٤ – بعض النصوص التى تلزم الطبيب بالقيام بما يلزم لعلاج المريض وإنقاذه ، إذ نصت المادة ١٥ من هذه اللائحة على أنه "يجوز للطبيب أن يعتذر عن معالجة أى مريض منذ البداية لأسباب شخصية أو لأسباب تتعلق بالمهنة ، أما فى الحالات المستعجلة فلا يجوز للممارس العام الاعتذار كما لا يجوز للطبيب الأخصائى رفض معالجة مريض إذا استدعاه لذلك الممارس العام ولم يتيسر وجود أخصائى غيره.

كما تنص المادة ١٨ من ذات اللائحة "على الطبيب الذى يُدعى لعيادة قاصر أو ناقص الأهلية أو مريض فاقد الوعى فى حالة خطرة أن يبذل ما فى متناول يده لإنقاذه، ولو تعذر عليه الحصول فى الوقت المناسب على موافقة وليه أو الوصى أو القيم عليه، كما يجب ألا يتنحى عن معالجته إلا إذا زال الخطر أو أصبح الاستمرار فى العلاج غير مجد، أو إذا عُهد بالمريض إلى طبيب آخر ".

مفاد ما تقدم أن لائحة آداب مهنة الطب تلقى التزاماً على الطبيب بمعالجة المريض وفى المقابل تقر حقاً للمريض فى العلاج ، بما مؤداه أنه ليس للطبيب أن يمتنع عن علاج المريض إلا لأسباب شخصية أو مهنية فقط ، مع ملاحظة أنه فى الحالات العاجلة ليس للطبيب أن يعتذر عن علاج المريض .

وليس من بين الأسباب الشخصية أو المهنية التى تبرر للطبيب الامتناع عن علاج المريض أن يكون المريض مصاباً بمرض معدٍ ذلك لأن الطبيب بحكم مهنته عليه واجب تحمل مخاطر المهنة وله أن يتخذ ما يشاء من الوسائل الكفيلة بمنع إصابته بعدوى المرض ، وكذلك فليس من بين الأسباب الشخصية والمهنية التى تبرر للطبيب الامتناع عن علاج المريض أن يكون المريض مصاباً بمرض ميئوس من شفائه.

مسئولية الطبيب فى حالة الامتناع عن معالجة المريض :

إن مسئولية الطبيب فى حالة امتناعه عن معالجة المريض لها صور ثلاث نعرض لكل منها على النحو الآتى :

١ـ المسئولية التأديبية:

تثور مسئولية الطبيب التأديبية فى حالة امتناعه القيام بالتزام من الالتزامات المفروضة عليه كما فى حالة امتناعه عن معالجة المريض، وكذلك فى حالة امتناعه عن الإبلاغ عن حالة الإصابة بفيروس الإيدز التى اكتشفها، وأيضاً فى حالة امتناع الطبيب عن تنبيه المريض وأهله إلى ضرورة اتخاذهم أسباب الوقاية وإرشادهم إليها وتحذيرهم من عدم مراعاتها ،

وكذلك تثر المسئولية التاديبية فى حالة امتناع الطبيب عن علاج حامل الفيروس . فالقانون لا يجيز للطبيب أن يعتذر عن علاج أى مريض إلا لأسباب شخصية أو مهنية ، وذلك فيما عدا الحالات العاجلة ، ولا يمكن أن يعد من هذه الأسباب إدعاء الطبيب أنه يخشى من انتقال العدوى إليه، لأن واجبه هو تقديم الرعاية للمريض مع اتخاذ الاحتياطات اللازمة للوقاية.

٢ـ المسئولية المدنية :

طبقاً لنص المادة ١٦٣ من القانون المدنى فإن امتناع الطبيب عن معالجة المريض أو امتناعه عن إتيان واجب من الواجبات المفروضة عليه قانوناً يترتب عليه إمكانية مساءلته مدنياً بالتعويض متى نتج عن سلوكه هذا وامتناعه ضرر للغير، وذلك طبقاً للقواعد العامة فى القانون المدنى.

٣ـ المسئولية الجنائية :

تنعقد المسئولية الجنائية للطبيب فى حالة امتناعه عن القيام بواجب من الواجبات المفروضة عليه قانوناً متى نتج عن امتناعه تحقق نتيجة إجرامية ، ذلك لأن الامتناع عن الحيلولة دون تحقق نتيجة إجرامية شأنه شأن السلوك الإيجابى الذى يحقق هذه النتيجة إذا كان على الممتنع واجب التدخل لمنع حدوث النتيجة التى يجرمها القانون. ولا شك فى أن قوانين المهن الطبية تفرض على الأطباء والجراحين واجب تقديم الرعاية الطبية لمن يحتاجون إليها[1] .

كما يسرى على أصحاب المهن الطبية التجريم الذى تقرره بعض القوانين بالنسبة لكل شخص يمتنع عن تقديم المساعدة لمن يوجد فى حالة خطر، إذا لم يكن فى ذلك خطر عليه شخصياً، ولا تعد خشية الإصابة بفيروس الإيدز خطرا ا جدياً يبرر امتناع الطبيب أو من فى حكمه عن تقديم المساعدة للمريض الذى تستدعى حالته ذلك، لأن الطبيب يستطيع وقاية نفسه من هذا الخطر، ومن ثم لا يعد امتناعه عن علاج المريض خشية العدوى بفيروس الإيدز سبباً مشروعاً للإفلات من المسئولية، سواء استناداً إلى حالة الضرورة أو إلى غيرها من أسباب امتناع المسئولية الجنائية. فالنصوص التى تسمح للطبيب أو من فى حكمه بالاعتذار عن علاج المريض تقصر ذلك على حالة وجود أسباب مهنية أو شخصية تبرر ذلك، ولا يعد من هذه الأسباب الخوف من انتقال عدوى المرض إلى الطبيب المعالج، وإلا لامتنع غالبية الأطباء عن علاج المرضى خشية انتقال العدوى إليهم من مرضاهم؟[2]

وتنعقد مسئولية الطبيب فى هذه الأحوال حسب النتيجة التى أدى إليها امتناعه على النحو الآتى :

١ـ إذا تسبب الامتناع فى موت المريض :

فى هذا الفرض تنعقد المسئولية الجنائية للطبيب عن جريمة القتل غير العمد طبقاً لنص المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات والتى نصت على أنه :

" من تسبب خطا فى موت شخص آخر بان كان ذلك ناشئا عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين" .

"وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجانى إخلالا جسيما بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطيا مسكرا أو مخدرات عند ارتكابه الخطأ الذى نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك".

وبناءاً على ذلك فإن امتناع الطبيب عن معالجة المريض بالمخالفة للالتزام القانونى المفروض عليه – والذى يجد مصدره فى لائحة آداب مهنة الطب والمبادئ العامة للقانون الواردة فى قانون مزاولة مهنة الطب – يعرضه للمسئولية

---

(١) د. فتوح الشاذلى: أبحاث فى القانون والإيدز ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة ٢٠٠١ ، ص١٤٠.
(٢) د. فتوح الشاذلى: أبحاث فى القانون والإيدز ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة ٢٠٠١ ، ص١٤٠-١٤١.

الجنائية عن جريمة القتل غير العمد متى تسبب امتناعه فى موت المريض ، وتتمثل صورة الخطأ فى امتناع الطبيب فى عدم مراعاة القوانين واللوائح والأنظمة.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ، والغرامة التى لا تجاوز مائتى جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين ، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنوات ، والغرامة التى لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين متى توافر ظرف من الظروف المشددة المنصوص عليها فى المادة ٢/٢٣٨.

وأخيراً يبقى أن يكون مفهوماً أن الامتناع متى توافرت له الصفة الإرادية بأن توافر القصد الجنائى لدى الطبيب بأن كان الطبيب يقصد بامتناعه إزهاق روح المريض فإنه تنعقد مسئوليته الجنائية عن جريمة القتل العمد .

٢- إذا تسبب الامتناع فى إيذاء المريض :

فى هذا الفرض تنعقد المسئولية الجنائية للطبيب عن جريمة الاعتداء غير العمد على سلامة الجسم طبقاً لنص المادة ١/٢٤٤ والتى نصت على أنه :

" من تسبب خطأ فى جرح شخص أو إيذائه بان كان ذلك ناشئا عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين" .

وتكون العقوبة فى هذه الحالة هى الحبس مدة لا تزيد عن سنة ، والغرامة التى لا تجاوز مائتى جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين.

ولعل الملاحظ على هذا النص أن المشرع قد استخدم عبارة "من تسبب خطأ فى إيذاء شخص ..." وقد أحسن المشرع صنعاً فى هذه الصياغة ، ذلك لأن لفظ الإيذاء أبلغ فى شموله لكافة صور المساس بسلامة جسم الإنسان ، يستوى فى ذلك أن يكون الإيذاء قد نتج عن فعل إيجابى أو امتناع ، هذا بعكس الحال فى جريمة الاعتداء عمداً على سلامة الجسم المنصوص عليها فى المادة ٢٤٠ ، والمادة ٢٤١ من قانون العقوبات والتى حددت أفعال الاعتداء على سبيل الحصر فى أفعال الجرح ، والضرب ، وإعطاء المواد الضارة.

٣- إذا تسبب الامتناع فى إيذاء المريض وكان ذلك ناشئاً عن إخلال الجانى إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو إذا نشأ عن الإيذاء عاهة مستديمة :

فى هذا الفرض تنعقد المسئولية الجنائية للطبيب عن جريمة الاعتداء غير العمد على سلامة الجسم والمنصوص عليها فى المادة ٢/٢٤٤ والتى تقرر أنه :

" وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين وغرامة لا تجاوز ثلاثمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين إذا نشا عن الإصابة عاهة مستديمة أو إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجانى إخلالا جسيما بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطيا مسكرا أو مخدرا عند ارتكابه الخطأ الذى نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك" .

المطلب الثانى
جريمة الامتناع عن المساعدة البحرية

<u>النص القانونى</u> :

نصت المادة ١/٣٠٤ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بشأن التجارة البحرية على أنه :

" على كل ربان أن يبادر إلى إنقاذ كل شخص يوجد فى البحر معرضا لخطر الهلاك ولو كان من الأعداء ، وذلك بالقدر الذى لا يعرض سفينته أو الأشخاص الموجودين عليها لخطر جدى ، ويكون الربان مسئولا أن أهمل فى تنفيذ هذا

الالتزام" .

وكذلك فقد نصت المادة ٢٢ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٠ في شأن الأمن والنظام والتأديب في السفن على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيهاً أو إحدى هاتين العقوبتين كل ربان لم يبذل ما يستطيعه من جهد لا يترتب عليه خطر جدى للسفينة أو للأشخاص الراكبين فيها لإنقاذ سفينة تشرف على الغرق أو شخص يعثر عليه في البحر".

الفرع الأول : أركان الجريمة

أولاً: الركن المفترض : الصفة الخاصة في الجاني "صفة الربان":

أن الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٢ من القانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٦٠ هي من جرائم ذوى الصفة، حيث يشترط القانون صفة خاصة في الجاني وتتمثل في كونه "ربان".

ويقصد بالربان ذلك الشخص الذى يعينه مجهز السفينة ليتولى قيادة السفينة ، ليكون له السلطة وحده باتخاذ أى قرار يتعلق بمصير السفينة أو بما فوقها من أشخاص وبضائع، ويلاحظ أنه ليس من قيد على سلطة المجهز في تعيين الربان سوى أن يكون هذا الأخير مؤهلاً لقيادة السفينة وحائزاً للشهادات والمؤهلات وإعداد الربانيه وضباط الملاحة والمهندسين البحريين على السفن .

وإذا توفى الربان أو غاب أو قام أى مانع آخر حال بينه وبين ممارسة مهامه، تولى هذه المهام الضابط الذى يليه مباشرةً في الدرجة .

ثانياً: الركن الشرعي : الواجب القانوني :

ويتمثل هذا الواجب القانونى فيما فرضه القانون من التزام على الربان بمقتضى نص المادة ١/٣٠٤ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بشأن التجارة البحرية بقولها " على كل ربان أن يبادر إلى إنقاذ كل شخص يوجد في البحر معرضا لخطر الهلاك ولو كان من الأعداء ، وذلك بالقدر الذى لا يعرض سفينته أو الأشخاص الموجودين عليها لخطر جدى ، ويكون الربان مسئولا أن أهمل في تنفيذ هذا الالتزام" .

وقد جاء نص المادة ٢٢ من القانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٦٠ بأن الأمن والنظام والتأديب في السفينة مؤكداً لهذا الواجب ومجرماً الامتناع عن إتيانه إذ نصت هذه المادة على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيهاً أو إحدى هاتين العقوبتين كل ربان لم يبذل ما يستطيعه من جهد لا يترتب عليه خطر جدى للسفينة أو للأشخاص الراكبين فيها لإنقاذ سفينة تشرف على الغرق أو شخص يعثر عليه في البحر".

وبناءاً على ما تقدم فإن الربان قد فرض عليه القانون واجباً قانونياً مقتضاه بذل كل ما يستطيعه من جهد لا يترتب عليه خطر جدى لسفينته أو للأشخاص الراكبين فيها لإنقاذ سفينة تشرف على الغرق أو أى شخص يعثر عليه في البحر .

ثالثاً: الركن المادي : الامتناع عن إتيان الواجب :

ويتمثل الركن المادى في هذه الجريمة في الإحجام عن القيام بالواجب القانونى الذى فرضته المادة ١/٣٠٤ من القانون ٨ لسنة ١٩٩٠ والمادة ٢٢ من القانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٦٠.

ويثير هذا الركن إشكاليتين، الأول تتعلق بتحديد معيار الجهد المبذول من الربان في عمليات الإنقاذ، والثانية تتعلق بتحديد الضابط الواجب الرجوع عليه في عدم تعريض السفينة، أو الركاب لخطر جدى.

ففيما يتعلق بالإشكالية الأولى ، والمتمثلة في تحديد معيار الجهد المبذول من الربان، ففي تقديرنا أنه يتعين الرجوع إلى معيار الرجل العادى الذى يوجد في مثل هذه الظروف التى كان فيها الربان، أما فيما يتعلق بالإشكالية الثانية ، والتى

تتمثل فى تحديد الضابط الواجب الرجوع إليه فى عدم تعريض السفينة أو الركاب لخطر جدى، ففى تقديرنا أيضاً أنه يتعين الرجوع إلى معيار موضوعى قوامه الظروف المحيطة بالسفينة وحمولتها وعدد الركاب ومدى توافر القدر الكافى من وسائل الإنقاذ بها وكذلك ظروف الملاحة البحرية .

رابعاً: الركن المعنوى : الصفة الإرادية للامتناع :

إن جريمة الامتناع عن المساعدة البحرية والإنقاذ هى جريمة عمدية يتعين لقيامها علم الربان بكافة العناصر القانونية والواقعية فيجب أن يكون الربان عالماً بوجود سفينة فى البحر تشرف على الغرق أو بوجود شخص فى البحر معرضاً لخطر الهلاك، وهذا العلم يتحقق من خلال الإشارة اللاسلكية التى يتم إرسالها بما يفيد بوجود سفينة فى البحر معرضة لخطر الغرق وتحديد مكان وجودها. كما يتعين أيضاً أن تتجه إرادة الربان إلى هذا الامتناع، أما إذا حال بينه وبين أداء الواجب المفروض سبباً قهرياً، فلا تتوافر الصفة الإرادية للامتناع.

حادث غرق العبارة السلام ٩٨ فى أول فبراير سنة ٢٠٠٦ :

لعل حادث غرق العبارة السلام ٩٨ فى أول فبراير سنة ٢٠٠٦ تجسيد حى لجرائم الامتناع عن المساعدة البحرية ، فقد كان الامتناع عن إنقاذ غرقى ومصابى السفينة ٩٨ ثابتاً قبل ربان السفينة سانت كاترين (المتهم العاشر) فى القضية رقم ١٥٢٥ لسنة ٢٠٠٦ جنح سفاجا والذى أسندت له النيابة العامة أنه امتنع حال كونه ربان السفينة عن بذل ما يستطيعه من جهد لا يترتب عليه خطر جدى للسفينة ولراكبيها لإنقاذ البعض من ركاب السفينة الغارقة الموجودين فى البحر والمعرضين لخطر الهلاك وفقاً لقواعد الاتفاقيات الدولية، وذلك بعدم تقديم وسائل نجاة لهم رغم قربه من مكان تواجدهم واستطاعته ذلك مما ساهم فى بقاء المجنى عليهم فى المياه الباردة لفترة طويلة وضعف مقاومتهم وموتهم غرقاً.

وانتهت النيابة العامة فى هذه القضية إلى قيد الأوراق جنحة ومخالفة بالمواد ١٦٩-٢٣٨-٢٤٢ -٦/٣٧٨ من قانون العقوبات والمادة ٢٢ من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٧ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأمن والنظام والتأديب فى السفن والمادة ١/٣٠٤ من القانون رقم ٨ لسنة ٩٠ بإصدار قانون التجارة البحرية .

الفرع الثانى

مناقشة حكم محكمة جنح مستأنف البحر الأحمر فى القضية رقم ١٥٢٥ لسنة ٢٠٠٦ جنح سفاجا والمستأنفة برقم ٢٨٨٧ لسنة ٢٠٠٩ مستأنف البحر الأحمر

تتلخص وقائع وأسانيد هذه القضية من أن النيابة العامة قد أسندت للمتهمين (وعددهم ستة) سالفى الذكر أنهم فى ٢٠٠٦/٢/٣ بدائرة قسم سفاجا :

أولاً: تسببوا خطأً فى موت أكثر من ثلاثة أشخاص من المجنى عليهم المبينة أسماؤهم بالتحقيقات وكان ذلك ناشئاً عن الإهمال وعدم مراعاة القوانين والأنظمة بأن تراخى الأول رئيس مجلس إدارة شركة السلام للنقل البحرى المشغلة للسفينة والمدير المسئول عن الإدارة الأمنة ومجموعة الطوارئ بالشركة وقعد المتهمون من الثانى إلى الرابع نائبى رئيس مجلس الإدارة ومدير الإسطول بذات الشركة بما لهم من سلطات وصلاحيات فعلية عن القيام بالإجراءات الواجبة لإنقاذ من حاول النجاة من ركاب السفينة بعد غرقها وذلك بعدم قيام كل منهم فور علمه بالحادث بإخطار الجهات المختصة بالبحث والإنقاذ وغيرها من الجهات الخارجية لطلب المساعدة وكذا الدفع بالسفينتين السريعتين "البينورا وفارس السلام" التابعتين لشركتهم حالة كونهما جاهزتين للإبحار وقتذاك للمساهمة فى الإنقاذ مما أدى إلى تأخر البدء فى العمليات عدة ساعات ولم يقم المتهم الخامس مدير فرع الشركة بسفاجا بالإخطار الواجب المختصين

بالشركة رغم علمه بفقد الاتصال بالسفينة قبل الموعد المفترض لوصولها مما ساهم فى التأخر فى اتخاذ إجراءات البحث والإنقاذ . وامتنع المتهم السادس ربان السفينة سانت كاترين التابعة للشركة ، حال كونه ربان سفينة مبحرة عن بذل ما يستطيع من جهد لا يترتب عليه خطر جدوى لسفينة ولراكبيها لإنقاذ البعض من ركاب السفينة الغارقة الموجودين فى البحر والمعرضيين لخطر الهلاك وفقاً لقواعد الاتفاقيات الدولية وذلك بعدم تقديم وسائل نجاة لهم رغم قربه من مكان تواجدهم واستطاعته ذلك مما ساهم فى بقاء المجنى عليهم فى المياه الباردة لفترة طويلة وضعفت مقامتهم وموتهم غرقا على النحو المبين بالتحقيقات .

ثانياً: تسببوا خطأ فى إصابة .... وآخرين عددهم ثلاثمائة وستة وثمانون شخصاً مبينة أسماؤهم بالتحقيقات وكان ذلك ناشئاً عن الإهمال والرعونة وعدم مراعاة القوانين والأنظمة ونتيجة إخلال ربان السفينة وكبير الضباط ومهندس أول وكبير مهندسى السفينة (وجميعهم متوفون وصر أمر بانقضاء الدعوى الجنائية قبلهم) إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليهم أصول مهنتهم مما أدى إلى غرق السفينة وسقوطهم منها وبقاءهم فى مياه البحر الباردة يصارعون الأمواج للنجاة حتى تم إنقاذهم فحدثت إصابة كل منهم الموصوفة بالتقارير الطبية المرفقة على النحو المبين بالتحقيقات .

ثالثاً: المتهم السادس : أيضاً وهو ربان السفينة لم يبذل ما يستطيعه من جهد لا يترتب عليه خطر جدوى السفينة وللأشخاص الراكبين فيها لانقاذ من تبقى من ركاب السفينة الغارقة السلام ٩٨ الذين عثر عليهم فى البحر يشرفون على الغرق وذلك على النحو المبين بالتحقيقات .

وطالبت النيابة العامة معاقبة المتهمين بمقتضى نصوص المواد ٢٣٨ ، ٢٤٤ ، من قانون العقوبات والمادة ٢٢ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٩٦٠ فى شأن الأمن والنظام والتأديب فى السفن والمادة ١/٣٠٤ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بإصدار قانون التجارة البحرية .

وركنت النيابة العامة فى إسناد الاتهام للمتهمين إلى ما أوردته بقائمة أدلة الثبوت المقدمة منها .

وقدم دفاع المتهمين ثلاثين دفعاً والذى يهم مجال بحثنا الدفوع الآتية :

الدفع السادس : بطلان قرار الإحالة لإسناد النيابة العامة للمتهمين سلوك إجرامى مفترض وليس حقيقى لانعدام الدليل المادى والمعنوى على مخالفة المتهمين للقانون .

الدفع السابع : بطلان قرار الإحالة لوقع النيابة العامة فى خط الإسناد لإسنادها للمتهمين الاشتراك فى الجريمة حيث أنه لا اشتراك فى الجرائم السلبية .

الدفع الثامن : انتفاء ركن الخطأ غير العمدى فى سلوك المتهمين وذلك لانتفاء عنصرى الخطأ (الإهمال ، مخالفة القوانين والأنظمة) التى أسندتها النيابة العامة للمتهمين إدعاء على غير الحقيقة وجود سلوك سلبى بالامتناع من جانبهم .

الدفع التاسع : انتفاء علاقة السببية بين السلوك الافتراضى الذى نسبته النيابة العامة للمتهمين والنتيجة الإجرامية وذلك لانتفاء السببية القانونية والمادية .

الدفع الواحد والعشرون : انتفاء مسئولية المتهمين من الأول إلى الخامس عن جريمتى القتل الخطأ والإصابة الخطأ المسندة إليهم بأمر الإحالة وذلك لثبوت خطأ السلطات من خلال توافر علمهم بمراحل الحادث .

الدفع الثانى والعشرون : عدم ثبوت توافر عناصر الخطأ بجريمتى القتل الخطأ والإصابة الخطأ فى حق المتهمين من الأول إلى الخامس وذلك لتزويد العبارة السلام ٩٨ بجهاز الإيبرب الذى يعد وسيلة الإخطار الأساسية بواقعة غرق أى سفينة وقت حدوثه وعلم جهاز البحث والإنقاذ بالغرق.

وبمناقشة ما سبق وفى ضوء مجال بحثنا يمكننا الوقوف على عدة نقاط هامة ما يلى :

أولاً : عدم وجود نص عام يسوى بين الجرائم الإيجابية والسلبية فى إحداث النتائج الإجرامية هو ما دفع دفاع المتهمين إلى الدفع بإنكار الجرائم السلبية وبيان ذلك من الدفع السادس بأن النيابة العامة أسندت للمتهمين سلوك إجرامى مفترض وليس حقيقى والدفع السابع أنه لا اشتراك فى الجرائم السلبية ، وأيضاً إنكار علاقة السببية بين الجرائم السلبية والنتائج

الإجرامية المترتبة عليها وبيان ذلك من الدفع التاسع من انتفاء علاقة السببية القانونية والمادية بين السلوك الافتراضى والنتيجة الإجرامية .

ثانياً: حددت المحكمة الإجراءات الواجب على المتهمين القيام بها طبقاً لقواعد وتعليمات اتفاقية سولاس حيث ذكرت لجنة السلامة البحرية فى دورتها الرابعة والسبعين (٣٠ مايو إلى ٨ يونيو ٢٠٠١ ، أن الدورة ٧٣ للجنة قد قامت من خلال إقرار التعديلات على اتفاقية سولاس ١٩٧٤ ومراجعة الفصل V بإقرار اللائحة التى تتطلب أن تحمل سفن الركاب على متنها خطة للتعاون مع خدمات البحث والإنقاذ المناسبة فى حالة الطوارئ والخطوط التوجيهية لإعداد خطط التعاون بين خدمات البحث والإنقاذ وسفن الركاب وفقاً للائحة من سولاس إلى إقامة شبكة استجابة ثلاثية فى حالات الطوارئ فيما بين السفينة ، والشركة (وفقاً لتعريف مدونه ISM CODE) وخدمات البحث والإنقاذ والمنضمة لها مصر .

ومن أهداف تخطيط التعاون الخاص بالبحث والإنقاذ :

١- السماح بالاتصال المبكر والفعال في حالة الطوارئ بين سفينة الركاب ومشغليها من نظام الاستجابة لحالات الطوارئ الموجودة على الشاطئ وخدمات البحث والإنقاذ يجب أن تعمل خطة تعاون SAR على أن تكون كافة تفاصيل الاتصال معلومة من قبل الأطراف الثلاثية المعنية وأن يتم تحديث هذه التفاصيل بصورة مستمرة .

٢- تزويد خدمات SAR بالمعلومات المباشرة المحدثة والتى يسهل الحصول عليها الخاصة بالسفينة وبصفة خاصة الرحلة المقررة لها ونظم الاتصالات والاستجابة فى حالات الطوارئ.

٣- تزويد السفينة ومشغليها بمعلومات مباشرة يسهل الحصول عليها عن البحث والإنقاذ وخدمات الطوارئ المتاحة فى منطقة تشغيل السفينة والمساعدة فى عملية اتخاذ القرار والخطط الاحتياطية .

٤- يمكن استخدام الخطة ليس فقط عندما تكون السفينة نفسها معروضة لحالة الطوارئ ولكن أيضاً عندما تقوم سفينة ركاب بالبحث والإنقاذ وخاصة عندما تلعب دور المنسق الميدانى .

٥- من أجل تجميع خطة تعاون SAR على السفينة أو الشركة الاتصال بإحدى خدمات SAR المسئولية فى المنطقة التى تعمل بها السفينة .

٦- تقوم السفينة أو الشركة وخدمات SAR بتجميع التفاصيل المطلوبة منها وفقاً للإطار المتفق عليه ، تكون السفينة أو الشركة مسئولة عن توفير المعلومات .

٧- تتطلب اللائحة أن تشمل الخطة أحكاماً عن التدريبات الدورية الواجب إجراؤها لاختيار الفعالية والكفاءة.

٨- يجب تنسيق التدريبات فيما بين الأطراف المعنية وذلك لضمان الاستخدام الفعال للموارد المتاحة .

وحيث أن المتهمين سالفى الذكر رغم علمهم اليقينى وباعترافهم بغرق السفينة السلام ٩٨ أن العلم كان حوالى الساعة السابعة صباحاً إلا أنهم لم يتخذوا ثمة إجراء فعلى من الإجراءات الواجب عليهم اتباعها طبقاً لقواعد وتعليمات اتفاقية سولاس ١٩٧٤ وتعليماتها والخطوط التوجيهية الصادرة عنها وفقاً للائحة من سولاس فى ١١ يونيو ٢٠٠١ وما جاء بها فى حالة الطوارئ من أهداف التعاون فى البحث والإنقاذ بين الأطراف الثلاثة والتى حددتهم الاتفاقية بأنهم السفينة والشركة وخدمات البحث والإنقاذ أوجبت السماح بالاتصال المبكر والفعال فى حالة الطوارئ بين سفينة الركاب ، مشغليها من نظام الاستجابة لحالات الطوارئ الموجودة على الشاطئ وخدمات البحث والإنقاذ ويجب أن تعمل خطة تعاون على أن تكون كافة تفاصيل الاتصال معلومة من قبل الأطراف الثلاثة المعنية وأن يتم تحديث هذه التفاصيل بصورة مستمرة .

ملاحظة، بهذا الحكم أضافت المحكمة مصدراً للواجب القانونى المحجم عنه حتى يقوم الركن المادى لجرائم الامتناع وهو الاتفاقيات الدولية وذلك مستفاد من الواجبات التى فرضتها اتفاقية سولاس سنة ١٩٧٤ .

ثالثاً : وحيث أنه من كل ما سبق يكون قد ثبت فى يقين المحكمة على وجه القطع أن المتهمين .... أنهم فى يوم ٢٠٠٦/٢/٣ بدائرة قسم سفاجا .

١- تسببوا خطأ فى موت أكثر من ثلاثة أشخاص من المجنى عليهم المبينة أسماؤهم بالتحقيقات وكان ذلك ناشئاً عن الإهمال

وعدم مراعاة القوانين والأنظمة بأن تراخى المتهم الأول .... رئيس مجلس إدارة شركة السلام للنقل البحرى المشغلة للسفينة والمدير المسئول عن منظومة الإدارة الأمنة ومجموعة الطوارئ بالشركة ، وقعد المتهم .... مدير الأسول بالشركة والمسئول عن تقديم المساعدات من الخارج للسفن والشركة ووضع نظامها لتأمين التشغيل فى حالة الطوارئ ، بما لهما من سلطات وصلاحيات فعليه عن القيام بالإجراءات الواجبة لإنقاذ من حاول النجاة من ركاب السفينة السلام ٩٨ بعد غرقها . وذلك بعدم قيام كل منهما فور علمه بالحادث بإخطار جهات البحث والإنقاذ المختصة وغيرها من الهات الخارجية بطلب المساعدة فى إنقاذ الأرواح من الغرق ، وكذا عدم دفعهما بالسفينتين السريعتين الينورا وفارس السلام التابعتين لشركتهما حال كونهما جاهزتين للإبحار وقت ذلك للمساهمة فى الإنقاذ مما أدى إلى تأخر البدء فى هذه العمليات عدة ساعات ، ولم يقم المتهم .... مدير فرع الشركة بسفاجا بالإخطار الواجب للمختصين بالشركة رغم علمه بفقد الإتصال بالسفينة قبل الموعد المفترض لوصولها ، مما ساهم فى التأخر فى اتخاذ إجراءات عمليات البحث والإنقاذ وأدى كل ذلك إلى بقاء المجنى عليهم فى المياه الباردة لفترة طويلة فضعفت مقاومتهم وماتوا غرقا على النحو المبين بالتحقيقات .

٢- تسببوا خطأ فى إصابة .... وآخرين عددهم ثلاثمائة وستة وثمانون شخصاً مبينة أسماؤهم بالتحقيقات وكان ذلك ناشئاً عن الإهمال والرعونة وعدم مراعاة القوانين والأنظمة ونتيجة إخلال المتهمين الثلاثة المذكورين فى الاتهام الأول إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليهم أصول مهنتهم على النحو المبين فى الاتهام الأول عالية مما أدى إلى بقاء المجنى عليهم فى مياه البحر الباردة يصارعون الأمواج للنجاة حتى تم إنقاذهم فحدثت إصابة كل منهم الموصوفة بالتقرير الطبى له والمرفق بالأوراق مثل الكدمات المتفرقة وإصابات الحلق على النحو المبين بالتحقيقات .

وبذلك يكون المتهمون قد ارتكبوا الجريمتين المنصوص عليهما فى المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ من قانون العقوبات ومخالفتهم لقواعد وتعليمات معاهدة سولاس ١٩٧٤ بشأن سلامة الأرواح فى البحار وتوجيهاتها فى لجنة السلامة البحرية فى دورتها الرابعة والسبعين من مايو ٣٠ مايو إلى ٨ يونيو ٢٠٠١ وإقرار تعديلات اتفاقية سولاس ١٩٧٤ وإقرار لائحة التعاون مع خدمات البحث والإنقاذ فى حالة الطوارئ ومخالفتهم لقواعد الإدارة الأمنة ISM CODE الخاصة بالشركة ، مما يتعين معاقبة المتهمين بنص المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ قوبات إعمالاً للمادة ٢/٣٠٤ من قانون الإجراءات الجنائية.

وبالنسبة للمتهم السادس .... وهو ربان السفينة ، فقد أسندت النيابة العامة للمتهم أنه لم يبذل ما يستطيعه من جهد لا يترتب عليه خطر جدى لسفينته وللأشخاص الراكبين فيها لإنقاذ من تبقى من راب السفينة الغارقة السلام ٩٨ الذين عثر عليهم فى البحر يشرفون على الغرق وذلك على النحو المبين بالتحقيقات ، وطلبت معاقبته بمقتضى نص المادة ٢٢ من قرار رئيس الجمهورية والصادر بقانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأمن والنظام والتأديب فى السفن والمادة ١/٣٠٤ من القانون رقم ٨ سنة ١٩٩٠ إصدار قانون التجارة البحرية وقد أنكر المتهم ما نسب إليه فى التحقيقات ومثل بشخصه بجلسات الاستئناف وبجلسات المرافعة على النحو المبين سلفاً وظل على إنكاره ، وطلب الحاضر معه فى مرافعته بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء ببراءته .

فالمتهم رفض تقديم أى مساعدة له وللآخرين واستمر فى رحلته بسفينته ن دون ثمة واعز من ضمير أو رحمة أو شفقة بركاب السفينة الغارقة ، غير عابئ بتوسلاتهم ، أو بواجباته نحوهم وتركهم يصارعون الأمواج والأهوال والموت غرقا وأخذ يبحث بنفسه عن حجج واهية معللاً بها عدم تقديمه أى مساعدة لهم ونكوله عن تقديم العون لهم ولم يبذل ثمة جهد نحوهم .

وحيث أن المادة ٣٠٤ فقرة أ من قانون التجارة البحرية تنص على أنه "على كل ربان أن يبادر إلى إنقاذ كل شخص يوجد فى البحر معرضاً لخطر الهلاك ولو كان من الأعداء وذلك بالقدر الذى لا يعرض سفينته أو الأشخاص الموجودين عليها لخطر جدى ويكون الربان مسئولاً أن أهمل فى تنفيذ هذا الالتزام". ويبين للمحكمة من هذا النص أنه ألزم قدراً من المبادرة إلى الإنقاذ ، وأعطى للربان تقدير هذا المقدار واضعاً معياراً لتحديده هو حتى تتعرض سفينته وركابه للخطر ، إلا أن المتهم قد ألغى القدر كله ولم يبادر بثمة مقدار للإنقاذ ، وحيث كان من المقر قانوناً بنص المادة ٢٢ من قرار

رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٠ فى شأن الأمن والنظام والتأديب فى السفن على أن (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيهاً أو إحدى هاتين العقوبتين كل ربان لم يبذل ما يستطيعه من جهد لا يترتب عليه خطر جدى للسفينة أو للأشخاص الراكبين فيها لإنقاذ سفينة تشرف على الغرق أو شخص يعثر عليه فى البحر".

وفى تقديرنا :

أولاً: أن حيثيات الحكم قد أوضحت الخلل التشريعى لعدم وجود نص عام يُجرم الامتناع ويسوى بينه وبين الفعل الإيجابى فى إحداث نتائج إجرامية تمثلت فى إزهاق أرواح المئات من ركاب السفينة فلجأ القاضى إلى القواعد العامة من المعاهدات الدولية (معاهدة سولاس سنة ١٩٧٤ وتعديلاتها سنة ٢٠٠١ والتى تعد جزءاً لا يتجزأ من النظام القانونى المصرى بعد التصديق عليها) والقوانين واللوائح والأنظمة.

فتارة يلجأ القاضى إلى قانون العقوبات وتطبيق نص م ٢٣٨ م ٢٤٤ ، وتارة يلجأ إلى قانون التجارة المصرية والمادة ٢٢ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٦٠ بشأن الأمن والنظام والتأديب فى السفن . وقد أدى البحث عن التكييف القانونى للواقعة - فى ظل غياب نص عام يجرم الامتناع – وإخضاع الواقعة للقواعد سالفة الذكر أن قسمت الاتهام الذى أسندته للمتهمين إلى نوعين الأول هو التراخى والتقاعس قبل المتهم الأول والثالث والرابع عن القيام بالواجبات المفترض عليهم. والاتهام الثانى الذى أسند للمتهم السادس ربان السفينة سانت كاترين هو الامتناع عن القيام بالواجب القانونى المفترض بإنقاذ ركاب السفينة حتى ولو كانوا من الأعداء طالما كان ذلك لا يحقق خطر على سفينته أو ركابه .

وفى اعتقادى، أن الاتهام الثانى قد صادفه التوفيق بالإسناد الصحيح لوجود نص صريح فى هذا الشأن وهو المشار إليه. بينما الاتهام الأول – فى اعتقادى- أن هيئة المحكمة قد جانبها الصواب للأسباب الأتية :

١- التراخى والتقاعس يعكسان الخطأ الجنائى الغير عمدى ويجعلان من الواقعة قتل خطأ . بينما ثابت فى منطوق الحكم الوقائع التالية :

أ- أن ساعة العلم اليقينى للمتهمين بغرق السفينة كانت الساعة السابعة صباحاً إلا أنهم تركوا الركاب يصارعون الموج ويقاومون الغرق انتظاراً لمن ينقذهم حتى ضارت قواهم وماتوا غرقا نتيجة إهمال وتقاعس المتهمين وعدم إتباعهم قواعد الإنقاذ البحرى ومنظومة السلامة طبقاً لمعاهدة سولاس .

ب- أضافت المحكمة ، وحيث أن الثابت أن المتهمين لم يسلكوا الطريق الصحيح للأخطار وإنما أصدر الأول فاكس بها يتضمن الموقع الغير الصحيح للغرق ولم يعلن صراحة حدوث الغرق وطلب إنقاذ الأرواح .

جـ- أن المتهمين لم يستخدموا إمكانيات الشركة فى الإنقاذ ولم يطلبوا مطلقاً المساعدة الخارجية أو المعاونة كل ذلك أدى إلى بقاء المجنى عليهم فترة طويلة بموقع الغرق ، والى تطمئن له المحكمة واتفاقه مع أقوال الناجيين وما يتفق مع العقل والمنطق والمجرى العادى للأمور وهو ما يجعل توافر رباطة السببية بين أخطاء المتهمين ووفاة أكثر من ثلاثة أشخاص ، أمراً واقعاً فقد توافرت فى حقهم جريمة القتل الخطأ بكافة أركانها .

٢- أضافت المحكمة أيضاً من أنه توافر ركن الخطأ فى جريمتى القتل والإصابة الخطأ قد ثبت فى حق المتهمين وقد توافر فى يقين المحكمة وجود رابطة السببية بين خطأ المتهمين وزيادة أعداد الوفيات وأن وفاة الجميع نتيجة الغرق كما هو ثابت من تقرير الطب الشرعى .

فكيف يتم إسناد الخطأ إليهم مع أنه قد ثبت لدى المحكمة ما يلى :

أ- امتناعهم عن الواجبات القانونية المفروضة عليهم وقت علمهم بالاستعانة ولم يستخدموا فيها إمكانات الشركة فى الإغاثة .

ب- لم يطلبوا المساعدة الخارجية للإنقاذ البحرى من وقت علمهم بالحادث وقد حددت المحكمة ساعة العلم اليقينى للمتهمين .

جـ- الإخطار متأخراً بموقع خاطئ عن مكان غرق السفينة ولم يعلن المتهم الأول صراحة حدوث الغرق وطلب إنقاذ الأرواح لغرض ما فى نفسه .

وقد أدى الامتناع السابق الذى توافرت أركانه من إحجام عن القيام بالواجب القانونى المفترض فى ظروف معينة افترضها المشرع ، بل وقد اتجهت الإرادة إلى عدم القيام بتلك الواجبات ومستفاد ذلك من توافر العلم اليقينى لدى المتهمين بغرق السفينة وامتنعوا عمداً عن القيام بما يلزم . وذلك مستفاد من إخطارهم بموقع خاطئ بمكان الغرق .

وقد أدى هذا الامتناع العمدى –من وجهة نظرى- إلى إزهاق أرواح المئات من الركاب .

ومما يزيد من قناعتى بأن المحكمة قد جانبها الصواب أن القصد الاحتمالى قد توافر لدى المتهمين جميعاً .

والقصد الاحتمالى كما عرفته محكمة النقض (القصد غير المباشر أو الاحتمالى أنه : ذلك القصد الذى حكمه فى الجرائم العملية أنه يساوى القصد الأصيل ويقوم مقامه فى تكوين ركن العمدية. وهو لا يمكن تعريفه إلا بأنه نية ثانوية غير مؤكدة تختلج بها نفس الجانى الذى يتوقع أنه قد يتعدى فعله الغرض المنوى عليه بالذات إلى غرض آخر لم ينوه من قبل أصلاً فيمضى مع ذلك فى تنفيذ الفعل فيصيب به الغرض غير المقصود ، ومظنة وجود تلك النية هى استواء حصول هذه النتيجة وعدم حصولها لديه. والمراد بوضع تعريفه على هذا الوجه أن يعلم أنه لابد من وجود النية على كل حال وأن يكون جامعاً لكل الصور التى تشملها تلك النية مانعاً من دخول صور أخرى لا نية فيها داعياً إلى الاحتراس من الخلط بين العمد والخطأ. والضابط العملى الذى يعرف به وجود القصد الاحتمالى أو عدم وجوده هو وضع السؤال الآتى والإجابة عليه : هل كان الجانى عند ارتكاب فعلته المقصود بالذات مريداً تنفيذها ولو تعدى فعله غرضه إلى الأمر الإجرامى الآخر الذى وقع فعلاً ولم يكن مقصودا له فى الأصل أم لا ؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب تحقق وجود القصد الاحتمالى ، أما إذا كان بالسلب فهناك لا يكون فى الأمر سوى خطأ يعاقب عليه أو لا يعاقب بحسب توافر شروط جرائم الخطأ وعدم توافرها[1] .

وقد عرفه الأستاذ الدكتور فتوح الشاذلى بأنه العلم بعناصر الجريمة مع توقع نتيجتها واتجاه الإرادة إلى السلوك الإجرامى مع قبول تلك النتيجة الإجرامية دون الرغبة فى تحقيقها[2]. فهو مقيد يلزم لتوافره العلم والإرادة أيضاً ولكن ليس على نحو يقينى ولازم كما فى القصد المباشر ، فعلم الجانى فى القصد غير المباشر يتوقف عند حد توقع النتيجة الإجرامية ، أما إرادته فتنصرف إلى قبول تلك النتيجة فقط .

والقصد الاحتمالى يقوم على العلم والإرادة ، فالعلم لا يتمثل فى أقصى درجاته وهو اليقين ، وإنما يتمثل فى أدناها (الشك) . والإرادة لا تظهر فى غاية مداها وهو (العزم والتصميم) وإنما تظهر فى مبدأ قواها (وهو القبول)[3] .

وفى مشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة فى المادة ٤٩ التى تنص على : " تكون الجريمة مقصودة إذا توافرت لدى فاعلها القصد الإجرامى. وتعد الجريمة مقصودة كذلك إذا توقع الفاعل نتائج إجرامية لفعله فأقدم عليها قابلاً المخاطرة بها". وعلى هذا يمكن القول بأن القصد الاحتمال يمثل أدنى درجات العمد[4] .

<u>الفرق بين القصد الاحتمالى والخطأ الغير عمدي :</u>

الخطأ الغير عمدى تتجه الإرادة إلى السلوك الإجرامى فقط دون النتيجة الإجرامية ودون قبول أو موافقة على تحققها ، ولكن تتحقق النتيجة رغم ذلك فيسأل الجانى عنها مسئولية غير عمدية حتى ولو كان يتوقع حدوثها طالما أنه كان يرفضها ولا يرغب فى تحقيقها[5] .

---

(١) نقض ١٩٣٠/١٢/٢٥ مجموعة القواعد جـ٢ رقم ١٣٥ ، ص ١٦٨ . ويرى جانب من الفقه عدم الأخذ بفكرة القصد الاحتمالى ويرى أن فكرة السببية تغنى عنها. أنظر الدكتور حسن صادق المرصفاوى : المرصفاوى فى قانون العقوبات الخاص –منشأة المعارف- الإسكندرية – ١٩٩١ ص ١٧٧ ، الدكتور حسن أبو السعود : القسم الخاص ، ص ١٠٧.

(٢) أ.د على القهوجى ، و أ. د. فتوح الشاذلى شرح قانون العقوبات العام ، النظرية العامة للجريمة ، مطابع السعدنى سنة ٢٠٠٤ ، ص ٣٣٦ .

(٣) د. جلال ثروت ، نظم القسم الخاص فى قانون العقوبات ، طبعة ٢٠٠٩ ، دار الجامعة الجديدة ، ص ١٧٠.

(٢) د. جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص ١٧٥.

(٣) د. على القهوجى ، وفتوح الشاذلى ، المرجع السابق ، ص ٣٣٨.

وبإبراز ما تقدم من - تعريف القصد الاحتمالى وعناصره ، والفرق بينه وبين الخطأ الغير عمدى - على ما ثبت فى حق المتهمين كما جاء فى حيثيات الحكم من :

١- امتناع المتهمين عن القيام بالواجبات المفترضة عليهم رغم توافر العلم اليقينى فى جانبهم بوجود استغاثة من السفينة قبل غرقها .
٢- قعودهم عن طلب مساعدات خارجية لنجدة الركاب الذين يصارعون الموت والأمواج .
٣- الإخطار عن موقع خاطئ لمكان الغرق غير المكان الصحيح .

كل ذلك يكفى لتحقق القصد الاحتمالى وهو ثابت فى حق المتهمين من علمهم اليقينى بغرق السفينة واستغاثتها كما اتجهت إرادتهم إلى الامتناع عن المساعدة وذلك من عدم طلبهم لمساعدات خارجية وإخطارهم الخاطئ عن مكان الغرق.

وتأسيساً على ذلك -فإننا نرى- أنه يتوافر فى حقهم جناية القتل العمد ، ولا يتوافر فى حقهم جنحة القتل الخطأ. لأن الامتناع عن القيام بالواجبات المفترضة عليهم من قبل معاهدة سولاس والقوانين واللوائح - مع استطاعتهم القيام بتلك الواجبات - أدى إلى إزهاق أرواح المئات وحيث أنه لولا الامتناع ما تحققت النتيجة أى توافر علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية يمكن الجزم بأن الامتناع أدى إلى إزهاق الأرواح عمداً شأنه فى ذلك شأن الفعل الإيجابى.

ثانيا: نود الإشارة إلى أن القضاء المصرى لم يغير سابق موقفه من ... الاعتراف بجرائم الامتناع ذات النتيجة غير العمدية ... وعدم الاعتراف بجرائم الامتناع ذات النتيجة العمدية والتفرقة بينهما أمر غير مقبول ويهدر العدالة . وفى يقينى أن ذلك راجع إلى غياب نص عام أو نظرية عامة لجرائم الامتناع ، ولعل هذه الحادثة بخسائرها الجسيمة فى الأرواح والأموال والتى اهتز لها الرأى العام العالمى والمصرى، ومن قبلهما ضمير الإنسانية فإن نداء الحق والعدالة والأخلاق والشهامة يدعو المشرع المصرى للتدخل بتقرير هذه النظرية لإقرار الحق .

المطلب الثالث
جرائم الامتناع فى القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ والمعدل بالقانون رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٣ بشأن مكافحة غسل الأموال

تمهيد وتقسيم :

فرض القانون الجديد عدة التزامات إيجابية على عاتق أشخاص محددين ، وجعل من الامتناع عن القيام بها جريمة يعاقب عليه القانون ، ومن بين هذه الالتزامات ، الالتزام بإخطار وحدة مكافحة غسل الأموال بالعمليات المالية التى يشتبه فى أنها تتضمن غسل الأموال ، والالتزام بوضع النظم الكفيلة بالحصول على بيانات التعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء والمستفيدين من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية من خلال وسائل إثبات معينة[1] ، والالتزام بإمساك سجلات ومستندات لقيد العمليات المالية المحلية أو الدولية[2] وغير ذلك من التزامات أخرى.

وقد نص القانون فى المادة ١٥ على أن " يعاقب بالحبس وبالغرامة التى لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أياً من أحكام المواد (٨ ، ٩ ، ١١) من هذا القانون .

وعلى ضوء ما تقدم نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول فى الفرع الأول جريمة الامتناع عن الإخطار بالعمليات المالية المشبوهة ، وفى الفرع الثانى نعرض لجريمة الامتناع عن إمساك السجلات والمستندات الخاصة بالعمليات المالية .

---

(1) مادة ٨ من القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال .
(2) مادة ٩ من القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة غسل الأموال .

الفرع الأول

جريمة الامتناع عن الإخطار بالعمليات المشتبه فيها بغسل الأموال

النص القانوني :

تنص المادة (٨) من قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أن " تلتزم المؤسسات المالية بإخطار الوحدة عن العمليات المالية التى يشتبه فى أنها تتضمن غسل أموال المشار إليها فى المادة (٤) من هذا القانون وعليها وضع النظم الكفيلة بالحصول على بيانات التعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء والمستفيدين الحقيقيين من الأشخاص الطبيعيين ، والأشخاص الاعتبارية ، وذلك من خلال وسائل إثبات رسمية أو عرفية مقبولة وتسجيل بيانات هذا التعرف .

ولا يجوز لها فتح حسابات أو ربط ودائع أو قبول أموال أو ودائع مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية .

وتحدد اللائحة التنفيذية الضوابط التى يتعين اتباعها فى وضع النظم المشار إليها وتضع الوحدة النماذج التى تستخدم لهذه الأعراض .

أركان الجريمة :

أولاً: الركن المفترض : الصفة الخاصة فى الجانى :

إن الجريمة المنصوص عليها فى المادة (٨) من القانون المشار إليه هى من جرائم ذوى الصفة ، بمعنى ضرورة توافر صفة معينة فى مرتكب الجريمة، إذ يشترط فى مرتكب هذه الجريمة أن يكون عاملاً من العاملين فى إحدى المؤسسات المالية المشار إليها في المادة الأولى من هذا القانون .

وقد نصت المادة الأولى على تحديد ما يعتبر من المؤسسات المالية فحصرتها فى الآتى :

١- البنوك لعاملة فى مصر وفروعها في الخارج وفروع البنوك الأجنبية العاملة في مصر .
٢- شركات الصرافة والجهات الأخرى المرخص لها بالتعامل فى النقد الأجنبي .
٣- الجهات التي تباشر تحويل الأموال .
٤- الجهات العاملة في مجال الأوراق المالي .
٥- الجهات العاملة في مجال تلقي الموال .
٦- صندوق توفير البريد .
٧- الجهات التي تمارس نشاط التمويل العقاري وجهات التسويق العقاري .
٨- الجهات التي تمارس نشاط التأجير التمويلي .
٩- الجهات العاملة في نشاط التخصيم .
١٠- الجهات التي تمارس أي نوع من أنشطة التامين وصناديق الخاصة وأعمال السمسرة في مجال التامين .

ثانيا: الركن الشرعي : الواجب القانوني :

ويتمثل الواجب القانوني فيما فرضه القانون من التزام بمقتضى نص المادة الثامنة بقولها "تلتزم المؤسسات المالية بإخطار الوحدة عن العمليات المالي التي يشتبه في أنها تتضمن غسل أموال المشار إليها في المادة (٤) من هذا القانون وعليها وضع النظم الكفيلة بالحصول على بيانات التعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء والمستفيدين الحقيقيين من الأشخاص الطبيعيين ، والأشخاص الاعتبارية ، وذلك من خلال وسائل إثبات رسمية أو عرفية مقبولة وتسجيل بيانات هذا التعرف" .

ثالثا: الركن المادي : الامتناع عن إتيان الواجب :

ويتمثل الركن المادي في هذه الجريمة في الإحجام عن القيام بالواجب القانوني الذي فرضه نص المادة الثامنة

والمسار عليها ، وهذا يعني عدم إخطار الموظف عن عمليات مالية موصوفة بأنها مشتبه فيها.

ويثير هذا الركن إشكاليتين ، الأولى تتعلق بتحديد المقصود بمصطلح العمليات المالية والثانية تحديد ضابط الاشتباه في هذه العمليات .

فمن ناحية فقد استخدم المشرع المصري مصطلح العمليات المالية دون أن تتضمن تعريفاً لهذا المصطلح رغم أن القانون قد أفرد مادته الأولى لتعريف عدد من الكلمات والعبارات التي جاء بها القانون الجديد مثل (تعريف الأموال ، غسل الأموال، المؤسسات المالية ، المتحصلات ، الوحدة ، الوزير المختص . وأياً كان الأمر فإن العمليات المالية التي يتم إجراءها في المؤسسات المالية المختلفة هي في حقيقة الأمر عمليات مصرفية في الغالب بين أشخاص معروفين سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتبارين وذلك بقطع النظر عن المستفيدين الحقيقيين من وراء هذه العمليات . أضف إلى ذلك أننا نعتقد أن هذه الأخيرة أي العمليات المالية غالباً ما تكون عمليات إيداع نقدي – التعامل على حسابات العملاء – عمليات شراء أو بيع النقد الأجنبي – أو أية عمليات مصرفية أخرى سواء كانت عادية أو غير عادية .

ومن ناحية ثانية فإن وصف العمليات المالية بأنها "مشتبه فيها" يثير التساؤل في ظل عدم التحديد التشريعي لهذا المدلول وعدم وجود أية أمثلة لهذه الشبهة في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، حول المقصود بهذه الشبهة ومضمونها ومعيار تحديدها ، بالإضافة إلى العناصر المكونة لها. وهو ما يجعل النص منتقد في نظر اتجاه فقهي[1] . وأياً ما كان هذا الأمر ، فإن أغلب الظن أن "معيار الشبهة" والذي يترتب عليه إخطار الوحدة المختصة بأن هناك عمليات تتضمن غسل أموال. سوف يكون معياراً ذاتياً أو شخصياً . بمعنى أن المدير المسئول عن مكافحة عمليات غسل الأموال في أحد البنوك مثلاً قد تتوافر لديه "شك" في أن هذه العمليات تتضمن غسل أموال وعندئذ سوف يضطر إلى إخطار وحدة غسل الأموال بذلك على النموذج المعد لهذا الغرض[2] ، ومرفقاً به كافة البيانات وصور المستندات المتعلقة بتلك العمليات .

وعلى العكس من ذلك فقد تبين عدم وجود أية شبهة بشان تلك العمليات ، فعندئذ يتم اتخاذ القرار بحفظ تلك العمليات مع بيان أسباب ذلك الحفظ .

إذن مجمل ما تقدم يشير إلى أنه حيث يتوافر القناعة بوجود مثل هذه الشبهة من جانب المختصين بذلك حول عمليات مالية متضمنة غسل أموال وسواء تعلقت بأشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتبارين ، فعندئذ يتعين الإبلاغ للجهات المختصة .

على انه قد ثار التساؤل حول قيام المؤسسات المالية بواجب الإخطار ولكن إلى جهة غير مختصة ، هل تتخلف جريمة الامتناع عندئذ أم لا ؟

بادئ ذي بدء يجب أن نشير إلى أن رغم الاتساع الملحوظ في الجهات المخاطبة بأحكام هذا القانون "إلا أن هذه الأخيرة تتبع جهات رقابية معينة ألزمها القانون الجديد باختصاصات وسلطات معينة عهد إليها بموجب القوانين والأنظمة المختلفة بالرقابة على المؤسسات المالية . أضف إلى ذلك وجود هات رقابية عامة تدخل في اختصاصها أعمال المكافحة والتحري عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بجوار جريمة غسل الأموال .

---

(1) إذ أن النص بهذه الصياغة سوف يفضي إلى صعوبات كثيرة في التطبيق ، وهو ما يمثل خطورة على حقوق الأفراد وحرياتهم . أضف إلى ذلك أنه سوف يؤدي إلى المساس بسرية الحسابات المشتبه في أنها تتضمن غسل الأموال وكذلك عند إجراء التحري عن العمليات المالية للمشتبه فيه وأمواله وحياته المهنية أو التحقيق معه استناداً لهذه الشبهة . ولا يخفف من حدة ما تقدم أن هناك التزامات على عاتق المؤسسات المالية بوضع نظم كفيلة للتعرف على العملاء من حيث هويتهم وأوضاعهم القانونية والمستفيدين الحقيقيين وغير ذلك .

د. أشرف توفيق شمس الدين: دراسة نقدية لقانون مكافحة غسل الأموال الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠٣، ص٦٣-٦٤.

(2) وتنص المادة (٤) من اللائحة التنفيذية للقانون الجديد ، بأن "يجب أن تشتمل نموذج الإخطار الوارد من المؤسسات المالية عن العمليات التي يشتبه في أنها تتضمن غسل أموال ، بوجه خاص ، على ما يأتي :

١-بيان العملية المشتبه بها وأطرافها وظروف اكتشافها وحالتها الراهنة .

٢-تحديد المبالغ محل العملية المشتبه فيها .

٣-أسباب ، دواعي الاشتباه التي استند إليها المدير المسئول لدى المؤسسة المالية عن مكافحة غسل الأموال ، وتوقيعه.

والرقابة على هذه المؤسسات تفرض عن طريق إنشاء وتهيئة الوسائل الكفيلة بالتحقق من التزامها بالأنظمة والقواعد المقررة قانوناً لمكافحة غسل الأموال بما في ذلك الأخطار عن العمليات المالية المشتبه فيها . مما يعنى من الوجهة القانونية أن هذه الجهات ملتزمة بواجب الإخطار عن هذه العمليات إلى الجهة المختصة بذلك . وفي تقديرنا الخاص ليس هناك مجالاً للقول بأن الجهة الملتزمة بالإخطار قد أخطأت في إيصال هذا الإخطار إلى الجهة المختصة ، وبالفرض الجدلي إذا حدث ذلك فنعتقد أن الإخطار إلى الجهة غير المختصة لا يعفى في تقديرنا الخاص من وقوع جريمة الامتناع في هذه الحالة .

رابعاً: الركن المعنوي : الصفة الإرادية للامتناع :

جريمة الامتناع عن الإخطار بالعمليات المالية المشبوهة ، هي جريمة عمدية ، يتعين لتوافرها اتجاه إرادة الجاني "الموظف" إلى ولوج السلوك المتمثل في الامتناع عن الإخطار ، والعلم بكافة العناصر القانونية والواقعية . وبعبارة أخرى أن يتوافر لديه العلم بأن هذه العمليات وما يحيط بها من شبهات خلال ممارسته لعمله . ولذلك فهو يلجأ إلى عدم تنفيذ الالتزامات الملقى على عاتقه وأخصها واجب الإخطار . ومع ذلك يرى اتجاه فقهي[1] أن هناك صعوبات تحيط بعنصر لعمد في هذه الحالة .

الفرع الثاني
جريمة الامتناع عن إمساك السجلات والمستندات
الخاصة بالعمليات المالية

النص القانوني :

تنص المادة (٩) من قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أن "تلتزم المؤسسات المالية بإمساك سجلات ومستندات لقيد ما تجريه من العمليات المالية المحلية أو الدولية تتضمن البيانات الكافية للتعرف على هذه العمليات ، وعليها أن تحتفظ بهذه السجلات والمستندات وبسجلات بيانات العملاء والمستفيدين المشار إليها في المادة (٨) من هذا القانون لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ إنتهاء التعامل مع المؤسسات أو من تاريخ قفل الحساب – على حسب الأحوال – وعليها تحديث هذه البيانات بصفة دورية وأن تضع هذه السجلات والمستندات تحت تصرف السلطات القضائية والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلبها أثناء الفحص والتحري وجمع الاستدلالات أو التحقيق أو المكافحة في أى من الجرائم الخاضعة لهذه الأحكام .

ويجوز لتلك المؤسسات الاحتفاظ للمدة المذكورة بالصور المصغرة (الميكروفيلمية) بدلاً من الأصل ، ويكون لتلك الصور حجية الأصل في الإثبات إذا روعي في إعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد التي يصدر بها قرار من الوحدة .

أركان الجريمة :

أولاً: الركن المفترض : الصفة الخاصة فى الجانى :

إن الجريمة المنصوص عليها فى المادة (٨) من القانون المشار إليه هى من جرائم ذوى الصفة ، بمعنى ضرورة

---

(1) فمن جهة كيف يمكن ثبات أن الموظف قد امتنع عن القيام بواجب الإخطار رغم علمه بأن العملية مشبوهة ، خاصة انه يمكن له أن ينفي علمه بذلك .. ومن جهة أخرى التعسف الذي يمكن ممارسته مع هذا الموظف في حالة عدم تعاونه مع الجهات المختصة سوف يكون سيفاً مسلطاً عليه بتجريم فله في عدم الإخطار في أي حالة.
أخيراً يرى هذا الاتجاه انه كان يجب على المشرع المصري أن يحذو حذو سميه الفرنسي عن طريق إلغاء العقوبات الجنائية واعتماد طريق الجزاءات التأديبية لمثل هذه الأفعال .
د. أشرف توفيق شمس الدين : المرجع السابق ، ص ٧٦ – ٧٧ .

توافر صفة معينة في مرتكب الجريمة، إذ يشترط في مرتكب هذه الجريمة أن يكون عاملاً من العاملين في إحدى المؤسسات المالية المشار إليها في المادة الأولى من هذا القانون .

وقد نصت المادة الأولى على تحديد ما يعتبر من المؤسسات المالية فحصرتها في الآتي :

١- البنوك لعاملة في مصر وفروعها في الخارج وفروع البنوك الأجنبية العاملة في مصر .
٢- شركات الصرافة والجهات الأخرى المرخص لها بالتعامل في النقد الأجنبي .
٣- الجهات التي تباشر تحويل الأموال .
٤- الجهات العاملة في مجال الأوراق المالي .
٥- الجهات العاملة في مجال تلقي الموال .
٦- صندوق توفير البريد .
٧- الجهات التي تمارس نشاط التمويل العقاري وجهات التسويق العقاري .
٨- الجهات التي تمارس نشاط التأجير التمويلي .
٩- الجهات العاملة في نشاط التخصيم .
١٠- الجهات التي تمارس أي نوع من انشطة التامين وصناديق الخاصة وأعمال السمسرة في مجال التامين .

ثانياً: الركن الشرعي : الواجب القانوني :

ويتمثل الواجب القانوني فيما فرضه القانون من التزام بمقتضى نص المادة التاسعة بقولها " تلتزم المؤسسات المالية بإمساك سجلات ومستندات لقيد ما تجريه من العمليات المالية المحلية أو الدولية تتضمن البيانات الكافية للتعرف على هذه العمليات، وعليها أن تحتفظ بهذه السجلات والمستندات وبسجلات بيانات العملاء والمستفيدين المشار إليها في المادة (٨) من هذا القانون لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ إنتهاء التعامل مع المؤسسات أو من تاريخ قفل الحساب – على حسب الأحوال – وعليها تحديث هذه البيانات بصفة دورية وأن تضع هذه السجلات والمستندات تحت تصرف السلطات القضائية والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلبها أثناء الفحص والتحري وجمع الاستدلالات أو التحقيق او المكافحة في أى من الجرائم الخاضعة لهذه الأحكام" .

ثالثاً: الركن المادي : الامتناع عن إتيان الواجب :

تجدر الإشارة إلى أن المادة السابقة قد توسعت فيما يبدو عند النص على الالتزامات التي تقع على عاتق المؤسسات المالية ، بما يفضي من الوجهة القانونية إلى التوسع في نطاق التجريم والعقاب عند مخالفة أي التزام من الالتزامات السابقة .

وأياً ما كان الأمر فإن الالتزام الرئيسي هنا هو انه يتعين على كل مؤسسة من المؤسسات المالية ن وبحسب طبيعة نشاطها ، إمساك سجلات ومستندات لقيد ما تجريه من العمليات المالية سواء على المستوى المحلي أو الدولي . يتضمن البيانات الكافية للتعرف على هذه العمليات .

وأما الالتزامات المتفرغة عن هذا الالتزام فهي كالتالي :

١- ضرورة الاحتفاظ بالسجلات والمستندات المتضمنة للعمليات المالية السابقة ، بالإضافة إلى السجلات الخاصة ببيانات العملاء(1) والمستفيدين(2) وفقاً لما يلي :

بالنسبة للحسابات التي يتم فتحها في البنوك والمؤسسات المالية الأخرى للأشخاص الطبيعيين والأشخاص

---

(1) يقصد بالعميل في هذا المقام الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذى تفتح المؤسسة المالية حساباً باسمه ، أو تنفذ عملية لحسابه أو تقدم له خدمة .

(2)ويقصد بالمستفيد الحقيقي كل شخص طبيعي أو اعتباري له مصلحة حقيقية فيما يؤدي من الأعمال (فتح حساب باسمه – تنفيذ عملية لحسابه – تقديم خدمة له) ، ولو كان التعامل من خلال شخص آخر طبيعي أو اعتباري وصياً كان أو وكيلاً أو غير ذلك .

الاعتباريين ، يتم الاحتفاظ بالمستندات والسجلات المتعلقة بتلك الحسابات لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ قفل الحساب .

وبالنسبة للعمليات التي يتم تنفيذها لعملاء ليست لهم حسابات يتم الاحتفاظ بالمستندات والسجلات لأية عملية ، لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ انتهاء العملية .

٢- تحديث البيانات التي تتضمنها هذه السجلات بصفة دورية .

٣- وضع السجلات والمستندات تحت تصرف السلطات القضائية والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلبها في مراحل مختلفة ، أثناء مرحلة الفحص – التحري – جمع الاستدلالات – التحقيق – المحاكمة) وذلك في أي جريمة من الجرائم الخاضعة لأحكام هذا القانون .

وتطبيقاً لما تقدم – فإن وحدة مكافحة غسل الأموال عند إخطارها بان هناك عملية مشتبه فيها ، فإنها تقوم بأعمال التحري والفحص وذلك بمعرفة الإدارة المختصة فيها أو بالاستعانة بالجهات الرقابية العامة وغيرها من الجهات المختصة قانوناً ، ولها في سبيل ذلك :

١- أن تقوم بالإطلاع على سجلات ومستندات المؤسسات المالية المتعلقة بما تجريه من العمليات المالية المختلفة وكذلك على ملفات العملاء والمستفيدين الحقيقيين لدى هذه المؤسسات بما فيها بياناتهم الشخصية ومراسلاتهم وتعاملاتهم السابقة معها .

وأخيراً فإن كافة الالتزامات السابقة تخضع المؤسسات المالية في تنفيذها لرقابة الجهات الرقابية المختصة وخاصة البنك المركزي . أضف إلى ذلك أن جل هذه الالتزامات تتفق بما جاء في توصيات مجموعة العمل المالي الدولية (توصية ١٤) وكذلك التشريع النموذجي (٩-١١) واتفاقية فينيا ١٩٨٨ (١-٢-٣) واتفاقية فينيا ٢٠٠٣ (م١٤) .

وأياً ما كان الأمر فإن الإخلال بمثل هذه الالتزامات تجعل صاحبها يقع تحت طائلة العقاب ، بوصفه امتنع عن إمساك السجلات والمستندات أو لم تحتفظ بها المدة المنصوص عليها أو لم يضعها تحت تصرف الجهات المختصة وغير ذلك .

رابعاً: الركن المعنوى : الصفة الإرادية للامتناع :

إن جريمة الامتناع عن إمساك السجلات والمستندات الخاصة بالعمليات المالية هى من الجرائم العمدية التى تتطلب قصداً جنائياً عاماً دونما حاجة إلى قصد جنائى خاص ، بحيث يتعين لقيامها اتجاه إرادة الجانى إلى الامتناع عن إمساك السجلات ، والعلم بكافة العناصر القانونية والواقعية ، ومع ذلك فقد سبق أن بينا أن هناك اتجاه فقهى يرى أن هناك صعوبة تحيط بعنصر العمد فى هذه الحالة .

المطلب الرابع

جرائم التخلف بغير عذر عن التصويت (الامتناع عن التصويت)

لما كان التصويت أهم مراحل العملية الانتخابية لأنه يمثل الوسيلة المادية التى يمارسها الناخب فى المشاركة السياسية بواسطة التأشير على بطاقة الانتخاب أو الاستفتاء مما يترتب عليه آثار قانونية .

فقد أحاط المشرع عملية التصويت بضمانات عديدة للحفاظ على سلامتها وانتظامها وتتمثل هذه الضمانات فى تجريم الأفعال المتعلقة بعملية التصويت والعقاب عليها وكذا حث المواطنين على الحضور للتصويت بتقرير عقاب على كل من يتخلف بغير عذر عن التصويت[1] .

والمشرع المصرى جعل التصويت واجب إلزامى ونص على عقوبة من يتخلف بغير عذر وهذا الموقف للمشرع

---

(1) د. أمين مصطفى محمد ، الجرائم الانتخابية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ط ٢٠٠٠ ، ص ٦٩.

المصرى جعل الفقهاء يتساءلون هل التصويت حق ام واجب .

فذهب البعض[1] إلى القول بأن الدساتير تكفلت ومن بعدها القوانين العادية واللوائح التنفيذية بحماية وتنظيم ممارسة حقى الانتخاب والترشيح لمواطنيها آخذه فى اعتبارها الطبيعة المزدوجة لهما أى بكونهما يمثلان حقاً لمواطنيها من ناحية ، وواجباً مفروضاً عليهم القيام بأعبائه من ناحية أخرى[2] ... والمشرع المصرى أسبغ على هذا الحق صفة "الواجب الملزم" تطبيقاً لمبدأ التوظيف الاجتماعى للحقوق والحريات وذلك منعاً لما قد يترتب على الامتناع عن ممارسة هذا الحق أضرار بالغة الجسامة يمكن أن تلحق بالمصلحة وهذا ما جعل المشرع يقنن الجرائم والعقوبات المحددة لها طبقاً لإحكام المسئولية الجنائية فى هذا الشأن .

بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأن التصويت الإجبارى يمثل اعتداء صارخاً على الحريات الشخصية للمواطن وخاصة حريته فى التصويت إذ أن هذه الحرية تفترض رغبة الناخب فى الاشتراك من عدمه ، فيكون له حرية التصويت من عدمه فالأمر يتعلق بحقه فى ممارسة حقوقه السياسية على نحو يعبر عنه عن موقفه حتى لو تمثل فى امتناعه عن التصويت[3] . كما أن أغلب الدول الديمقراطية تعد اشتراك الناخب فى التصويت حقاً له أن يمارسه أو يمتنع عن ممارسته ومن ثم لا ينبغى العقاب على هذا الامتناع .

النص القانونى :

تنص م (٣٩) من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بشأن تنظيم مباشرة الحقوق السياسية ، المعدل بالقانون ١٧٣ لسنة ٢٠٠٥ على أن " يعاقب بغرامة لا تجاوز المائة جنيهاً من كان اسمه مقيداً بجداول الانتخاب وتخلف بغير عذر عن الإدلاء بصوته فى انتخاب أو الاستفتاء".

أركان جريمة الامتناع عن التصويت :

أولاً: الركن المفترض : الصفة الخاصة فى الجانى "صفة الناخب" :

وهو صفة الناخب وهو ذلك الشخص الذى توافرت فيه الشروط الموضوعية والشكلية المحددة قانوناً لإدراجه فى هيئة الناخبين وبسببها يمارس حقه السياسى فى الانتخاب أو الترشيح (4).

وتنص المادة السابعة من اللائحة التنفيذية لقانون مباشرة الحقوق السياسية على " ...... وعند إنشاء جداول الناخبين لا يجوز درج اسم أى مصرى أو مصرية إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

١- أن يكون بالغاً من العمر ثمانى عشرة سنة ميلادية على الأقل .

٢- الا يكون قد لحق به أى مانع من موانع مباشرة الحقوق السياسية المنصوص عليها بالمادتين الثانية والثالثة من هذا القانون .

٣- أن يكون قد مضت خمس سنوات ميلادية على الأقل على اكتساب الجنسية المصرية ممن حصلوا عليها بطريق التجنس.

وغنى عن البيان أن كافة الأشخاص المحرومين من القيد لأسباب جنائية أو غير جنائية أو الموقوف قيدهم بصفة مؤقتة وفقاً لما نصت عليه المادة الثالثة من قانون مباشرة الحقوق السياسية لا ينطبق عليهم النص القانونى .

---

(1) د. مصطفى محمود عفيفى ، المسئولية الجنائية من الجرائم الانتخابية للناخبين والمرشحين ورجال الإدارة ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص ١٦.

(2) تنص ٦٢ من الدستور المصرى الدائم سنة ١٩٧١ على أن "للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأى فى الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون ومساهمته فى الحياة العامة واجب وطنى".

(3) د. أمين مصطفى محمد ، الجرائم الانتخابية ، المرجع السابق ، ص ٩٨.

(4) د. مصطفى محمود عفيفى ، نظامنا الانتخابى فى الميزان (بحث تحليلى) ، الناشر مكتبة سعيد رافت عام ١٩٨٤ ، ص ٧٨ وما بعدها.

ثانيا: الركن المادى :

وهو الإحجام عن القيام بالواجب القانونى الملزم فى ظروف معينة أى فى وقت معين ، وهو الإحجام عن القيام بالواجب الإلزامى الذى افترضه المشرع ، وهو الإحجام عن الواجب الإلزامى على الناخب الذى توافرت فيه شروط الانضمام لهيئة الناخبين وهذا الواجب القانونى الملزم مستفاد من نص م ٦٢ من الدستور والتى قررت للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأى فى الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون ومساهمته فى الحياة واجب وطنى. وبديهى أن يكون توقيت القيام به هو من بدء الاقتراع إلى نهايته .

ثالثا: الركن المعنوى :

وفقاً للنص القانونى فإن الامتناع عن التصويت يكون عمداً لمن تخلف بغير عذر والذى تخلف بعذر لا ينطبق عليه النص القانونى وبداية هذا الركن المعنوى يتحقق على الفور بمجرد الإعلان عن نوعد الاقتراع حيث يتوافر فيه العلم العام ومن ثم يتحقق قبل هيئة الناخبين العلم ببداية الاقتراع ، ويُعد من قبل العذر المرض الذى حال دون الذهاب للاقتراع .

ومن الناحية العملية الواقعية هذا النص يكاد يكون معطلاً لعزوف عدد كبير من الناخبين عن ممارسة حقهم السياسى فى الانتخاب وهو ما يؤدى إلى عدم تحقيق هدف الانتخاب من التمثيل النيابى الديمقراطى السليم على الرغم من تحقيق العلانية والإنذار قبل العقاب على ظهر البطاقة الانتخابية.

وغنى عن البيان أن هذه الجرائم تُعد من جرائم الامتناع المجرد التى تتحقق بمجرد القيام بالسلوك السلبى دون انتظار تحقق نتيجة .

المطلب الخامس
جرائم الامتناع فى قانون الأسلحة والذخائر

تمهيد :

حيازة الأسلحة والذخائر والترخيص والشروط الواجب توافرها نظمها قانون الأسلحة والذخائر رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ المعدل بالقانون ٩٧ لسنة ١٩٩٢ ، وسوف نعرض فى ثلاث مطالب ما يتعلق بالامتناع فيما يلى :

الفرع الأول : عدم تجديد السلاح فى الميعاد القانونى .

الفرع الثانى : التستر على حيازة أسلحة أو ذخائر غير مرخص بها .

الفرع الثالث : عدم التزام بعض الفئات المعفاة بالواجبات المفروضة عليهم .

الفرع الأول
عدم تجديد ترخيص السلاح فى الميعاد القانونى

النص القانوني :

تنص م ٢٨ مكرر من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ المعدل على أنه :

" إذا لم يتقدم المرخص له بطلب تجديد قبل نهاية مدة الترخيص بشهر يخطر بخطاب مسجل بعلم الوصول ليتقدم بطلب التجديد خلال تلك المدة، ويعاقب كل من يحوز أو يحرز سلاحاً انتهت مدة الترخيص له به لعدم تقديمه طلب التجديد فى الميعاد بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على خمسين جنيهاً إذا لم يسلم سلاحه فور انتهاء الترخيص، وإذا انقضت مدة ستة أشهر دون تسليم السلاح أو تجديد الترخيص به تكون العقوبة التى لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تزيد عن

خمسمائة جنيه وإذا زادت تلك المدة على سنة تضاعف الغرامة"[1].

وجدير بالذكر، أن الترخيص يسرى من تاريخ صدوره حتى نهاية ديسمبر من السنة الثالثة متضمناً سنة الإصدار ، والمرخص له المسئول عن تجديد الترخيص بتقديم طلب واستيفاء المطلوب منه قبل نهايته بشهر على الأقل، وإذا لم يتقدم بذلك يُخطر بخطاب مسجل بعلم الوصول ... وتجدر الإشارة إلى أن خطاب علم الوصول هو إجراء تنظيمى ولا يترتب على عدم إرساله استمرار الترخيص أو الاحتجاج بعدم وصول خطاب الجهة الإدارية، كما أن مدة الترخيص تنتهى قانوناً بمضى فترة الترخيص ولا حاجة لصدور قرار بذلك من جهة الإدارة .

أركان الجريمة :

الركن المادى : امتناع الجانى عن أداء الالتزامات التى فرضها وزير الداخلية فى المادتين الثانية والثانية والعشرين .

الركن المعنوى : فيه صورتان :

الأولى : عمدية باتجاه إرادة الجانى لعدم التجديد مع علمه بمخالفة القانون .

الثانى : غير عمدية ويرجع ذلك إلى سهو أو إهمال أو نسيان التجديد فى الميعاد .

العقوبة :

رصد المشرع عقوبة تدرجية تزداد بزيادة المدة التى انقضت وتسليم السلاح فور انتهاء الترخيص .

ومن جانبنا ، نرى كما يرى البعض[2] أن هذا المسلك منتقد ذلك أن الجريمة قد وقعت بالفعل عند انتهاء فترة الترخيص ومن ثم فطول المدة أثر من آثار الجريمة لا ينبغى للمشرع أن يجعله معياراً للعقوبة ... كما أن وضوح العقوبة فى غرامتها المشددة هى التى تردع الجانى مع سحب السلاح المرخص له هى فى الأصل حماية للجانى من حمل سلاح انتهت رخصته ومحافظة على النظام القانونى للجريمة .

الفرع الثانى
التستر على حيازة أسلحة أو ذخائر غير مرخص بها

النص القانونى : ٣١/أ

يعاقب كل عمدة أو شيخ يضبط فى دائرته أسلحة أو ذخائر لم يسلمها حائزها تنفيذاً لأحكام المادة السابعة بغرامة قدرها أربعون جنيهاً، إذا ثبت علمه بوجودها ولم يبلغ عنها، وتتعدد الغرامات بعدد الأسلحة المضبوطة[3] .

أركان الجريمة :

الركن المادى : سلوك سلبى من العمدة أو الشيخ بالامتناع عن الإبلاغ عن هذه الأسلحة والذخائر رغم الالتزام القانونى الملقى عليه متى توافر لديه العلم .

الركن المعنوى : ثبوت علمه بوجود هذه الأسلحة والذخائر ولم يبلغ عنها، أى انصراف العلم والإرادة إلى عدم التبليغ .

---

(١) هذا النص مضاف فى القانون ٢٦ لسنة ١٩٧٨ وقد ذكرت لجنة الدفاع والأمن القومى عن أسباب إضافة هذا النص أن اللجنة لاحظت عند مراجعتها لهذه المادة أن البند ج يعتبر الترخيص مُلغى إذا لم يتم تجديده فى الميعاد ولو كان ذلك لا دخل لإرادة المرخص له فيه . بهذا يتساوى هذا الشخص بالشخص الذى يحوز سلاحاً دون أن يحصل مسبقاً على ترخيص بحمله ومن ثم يتعرض لنفس العقوبة. لهذا ألغت اللجنة هذه الفقرة من المادة (١٠) وأضافت مادة جديدة برقم ٢٨ مكرر تنظم حالات عدم تجديد الترخيص فى المواعيد المقررة وجعلت العقوبة فى جميع الأحوال الغرامة فقط، واشترطت اللجنة إخطار صاحب الشأن بخطاب مسجل بعلم الوصول قبل نهاية الترخيص بشهر على الأقل .

(٢) د. مجدى محب حافظ: قانون الأسلحة والذخائر، طبعة ١٩٩٤، ص ٣٣٥.

(٣) هذه المادة مضافة بالقانون رقم ٥٤٦ لسنة ١٩٥٤.

شروط مفترضة :

هذه الجريمة لا تقع إلا من العمدة أو الشيخ ولا تجرى على رجال الحفظ، كما اشترطت المادة ضبط الأسلحة فى النطاق الجغرافى للعمدة أو الشيخ .

العقوبة :

أربعون جنيهاً وتتعدد بقدر عدد الأسلحة المضبوطة، وهذه الغرامة قد حُددت من المشرع، ولا يقبل من القاضى وقف تنفيذ العقوبة أو أن ينزل بالعقوبة عن هذا القدر .

الفرع الثالث

عدم التزام بعض الفئات المعفاة من الترخيص بحيازة أسلحة بالواجبات المفروضة عليهم قانوناً

النص القانونى : م ٢٧- من القانون ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ :

" يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز عشرين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المادة الخامسة ".

المشرع أعفى بنص المادة الخامسة بعض الفئات التى لا يخشى خطرها على الأمن العام من الحصول على ترخيص بحيازة الأسلحة ... وتنظيماً لذلك حددت المادة الخامسة بعض الواجبات القانونية أو الالتزامات التى تقع على عاتق الحائز للسلاح وهى أحد الأفعال الآتية :

١- تقديم بيان بعدد وأوصاف الأسلحة التى بحوزته لقسم الشرطة الذى يقع فى دائرته (محل إقامته) فى خلال شهر من حصوله على السلاح .
٢- إبلاغ قسم الشرطة المختص بالتغييرات التى تطرأ على البيان السابق .
٣- تسليم السلاح الذى بحوزته إلى قسم الشرطة الذى يقع بدائرته محل إقامته خلال أسبوعين من تاريخ إعلانه بقرار إسقاط الإعفاء من الترخيص.

أركان الجريمة :

الركن المادى :

يتمثل هنا فى عدم القيام بالواجب القانونى الذى نصت عليه المادة الخامسة - وهو سلوك سلبى - بالامتناع عن القيام ما يُلزمه القانون بذلك .

الركن المعنوى : وله صورتان :

الأولى:عمدية باتجاه الجانى نحو مخالفة الالتزامات القانونية مع علمه باركان الجريمة .

الثانية : خطأ غير عمدى يكون وليد الإهمال أو النسيان أو السهو .

العقوبة :

إن العقوبة المقررة لهذه الجريمة هى الحبس الذى لا يزيد على ستة أشهر وغرامة لا تجاوز عشرين جنيهاً أو بإحداهما . وللقاضى سلطته التقديرية فى تطبيق العقوبتين معاً أو إحداهما طبقاً لمجريات الدعوى .

التشريعات الخاصة بالمواليد والوفيات

وسوف نعرض فى الفرع بالأول: التشريعات الخاصة بالمواليد. والفرع الثانى : التشريعات الخاصة بالوفيات

الفرع الأول
جريمة عدم التبليغ عن بالمواليد

تمهيد :

الولادة كواقعة مادية لا تختلف من طفل لآخر ، ولكن الواقعة قد تحدث فى ظروف عادية أو فى ظروف غير عادية أثناء السفر للخارج أو العودة منه ، وقد يعثر على طفل حديث الولادة ، وسوف نحاول إلقاء الضوء على كل حالة .

أولاً : عدم التبليغ فى الأحوال العادية

النص القانونى م ١٥ :

" يجب التبليغ عن المواليد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حدوث الولادة ويكون التبليغ على نسختين من النماذج المعدة لذلك".

و م ١٦ تنص " يكون التبليغ إلى مكتب الصحة فى الجهة التى حدثت فيها الولادة إذا وجد بها مكتب، أو على الجهة الصحية التى يحددها وزير الصحة بقرار يصدر منه فى الجهات التى ليست بها مكاتب صحة ، أو على العمدة فى غيرها من الجهات . وعلى العمدة إرسال التبليغات إلى مكتب الصحة أو إلى الجهة الصحية خلال سبعة أيام من تاريخ التبليغ بالولادة، ويجب على مكتب الصحة أو الجهة الصحية أن تحتفظ بإحدى نسختى التبليغ وترسل الأخرى إلى مكتب التسجيل المدنى المختص مرافقة للأخطار الأسبوعى من الواقعات.

م ١٧ تنص " الأشخاص المكلفون بالتبليغ عن الولادة هم :

أولاً: والد الطفل إذا كان حاضراً .

ثانياً: من حضر الولادة من الأقارب البالغين الذكور ثم الإناث والأقرب درجة للمولود.

ثالثاً: من يقطن مع الوالده فى مسكن واحد من الأشخاص البالغين الذكور ثم الإناث .

رابعاً: العمدة أو المختار .

خامساً: مديرو المؤسسات كالمستشفيات ودور الولادة والسجون والمحاجر الصحية وغيرها من الولادات التى تقع فيها .

... ولا يقبل التبليغ إلا من المكلفين بها ، وفى جميع الأحوال على الطبيب أو غيره من المرخص لهم بالتوليد بإخطار مكتب الصحة أو الجهة الصحية خلال ثلاثة أيام من تاريخ الولادة" .

أركان الجريمة :

الركن المادى : سلوك سلبى بالامتناع المجرد عن التبليغ، ولا يتطلب المشرع حدوث نتيجة ، إذ الجريمة تتم بمجرد عدم التبليغ فى الأجل الذى حدده المشرع .

الركن المعنوى : القصد الجنائى هنا مفترض وهو اتجاه العلم وإرادة الجانى إلى عدم التبليغ ومن ثم لا يقبل عذر السهو أو النسيان.

العقوبة :

إن العقوبة المقررة لهذه الجريمة هى الغرامة التى لا تقل عن جنيه ولا تتجاوز عشرة جنيهات .

تمهيد :

قد تحدث الولادة أثناء السفر للخارج أو العودة منه أو قد يتم العثور على طفل حديث الولادة فى مدينة أو قرية .

١ - عدم التبليغ عن حصول الولادة أثناء السفر للخارج أو العودة منه

النص القانونى م ٢٢ :

" إذا حصلت الولادة أثناء السفر إلى الخارج وجب التبليغ عنها إلى قنصل الجمهورية العربية المتحدة فى الجهة التى يقصدها المسافر، أو إلى مكتب التسجيل المدنى المختص طبقاً للمادة ٧ وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الوصول .
أما إذا حصلت الولادة أثناء العودة فيكون التبليغ خلال الأجل المذكور إلى مكتب الصحة أو الجهة فى محل الإقامة".

وتنص المادة ٧ " كل تسجيل بواقعة أحوال مدنية حدثت لأحد مواطنى الجمهورية العربية المتحدة فى دولة أجنبية يعتبر صحيحاً إذا تم وفقاً لأحكام قوانين تلك الدولة بشرط ألا يتعارض مع قوانين الجمهورية ، وعلى المواطن الذى يوجد فى الخارج أن يبلغ قنصل الجمهورية أو مكتب السجل المدنى المختص بالمصلحة فى حالة عدم وجود قنصلية عن كل واقعة مدنية فى المواعيد وطبقاً للإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية .

ونلاحظ : أن الشخص المكلف بواجب التبليغ هو المسافر (حسبما ورد فى النص) وهو يشير إلى أى من الوالدين دون غيرهما والمشرع فرق بين وقوع الولادة أثناء السفر للخارج فيجب التبليغ إلى القنصل ، أو مكتب السجل المدنى المختص . وإذا كانت الولادة حال العودة ، فيجب التبليغ إلى مكتب الصحة فى محل الإقامة .

أركان الجريمة :

الركن المادى : سلوك سلبى بالامتناع عن التبليغ ولا يتطلب المشرع حدوث نتيجة .
الركن المعنوى:القصد الجنائى المفترض باتجاه إرادة الجانى مع العلم بأركان الجريمة .

العقوبة:

هى ذات العقوبة المقررة فى المادة ١٥.

٢ - حالة العثور على طفل حديث الولادة

النص القانونى م ٢٣ :

" يجب على كل من عثر على طفل حديث الولادة فى المدن أن يسلمه فوراً بالحالة التى عثر عليه بها إلى إحدى المؤسسات أو الملاجئ المعدة لاستقبال الأطفال حديثى الولادة أو إلى اقرب جهة شرطة والتى عليها أن ترسله إلى إحدى المؤسسات أو الملاجئ . وفى الحالة الأولى يجب على المؤسسة أو الملجأ إخطار الشرطة المختصة .
... وفى جميع الأحوال يحرر محضر بالواقعة تخص بيانات الكفل ومن عثر عليه، ثم تخطر الشرطة طبيب الجهة الصحية لتقدير سنه وتسميته ثلاثياً وتدون البيانات فى سجل واقعات الميلاد" .

الواجب القانونى:

ينشأ هذا الواجب على الذى عثر على الطفل بالتسليم الفورى إلى أحد الملاجئ أو جهة الشرطة حسبما نصت

أركان الجريمة :

الركن المـادى : سلوك سلبى يفترض عند العثور على الطفل وعدم الإبلاغ إلى الجهات المختصة ولا يتطلب المشرع حدوث نتيجة ولا مجال لبحث علاقة السببية .

وينعقد هذا الركن للمسئول عن الملجأ عند تسليم الطفل له وعدم إبلاغ الشرطة أو عدم إخطار طبيب الوحدة الصحية . وأيضاً ينعقد الركن المادى للطبيب إذا لم يقم بالقيام بواجبه بتقدير سن الطفل وإثبات ذلك فى الدفاتر وإخطار الشرطة أو مكاتب السجل المدنى وكذلك الحالة بالنسبة للسجل المدنى.

الركن المعنوى : القصد الجنائى المفترض، أى اتجاه إرادة الجانى إلى ذلك مع علمه بأركان الجريمة .

العقوبة :

نص م ٥٧ من ذات القانون عاقبت مخالفات أحكام المادة ٢٣.

الفرع الثانى
جريمة عدم التبليغ عن الوفيات

تمهيد :

إذا كانت الولادة قد تقع على إقليم الدولة فى الأحوال العادية أو أثناء السفر إلى الخارج أو العودة منه فى الأحوال غير العادية .

فإن الوفاة أيضاً قد تقع على إقليم الدولة فى الأحوال العادية وقد تقع أثناء السفر إلى الخارج أو العودة منه، أى فى أحوال غير عادية بالنسبة لظروفها .

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول : حدوث الوفيات فى الحالات العادية ، والثانى : الوفيات التى تحدث أثناء السفر إلى الخارج أو العودة منه.

أولاً: عدم التبليغ عن الوفيات فى الأحوال العادية

النصوص القانونية :

تنص المادة ٢٦ معدلة بالقانون ١٥٨ لسنة ١٩٨٠من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية على أن " يكون التبليغ عن الوفيات على نسختين من النموذج المعد لذلك إلى مكتب الصحة فى الجهة التى حدثت فيها الوفاة أو إلى الجهة الصحية التى يحددها وزير الصحة بقرار منه فى الجهات التى ليست بها مكتب صحة، أو العمدة فى غيرها من الجهات.

وعلى العمدة إخطار مكتب الصحة أو الجهة الصحية على حسب الأحوال فور تبليغه بالوفاة.

ويقوم مكتب الصحة أو الجهة الصحية بقيد الواقعة بسجل الوفيات ويجب على مكتب الصحة أو الجهة الصحية أن يحتفظ بإحدى نسختى التبليغ ويرسل الأخرى مع بطاقة المتوفى - أو الإقرار بعدم وجودها - إلى مكتب السجل المدنى المختص مرافقة للإخطار الأسبوعى من الواقعات".

وقد حددت المادة ٣١ من القانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الأفراد المكلفين بالتبليغ عن الوفاة وهم:

أولاً: أصول وفروع أو أزواج المتوفى .

ثانيا: من حضر الوفاة من أقارب المتوفى البالغين الذكور ثم الإناث الأقرب درجة إلى المتوفى.
ثالثاً: من يقطن فى مسكن واحد مع المتوفى من الأشخاص البالغين الذكور ثم الإناث إذا حصلت الوفاة فى السكن .
رابعاً: العمدة أو المختار .
خامساً: الطبيب أو المندوب الصحى المكلف بإثبات الوفاة .
سادساً: صاحب المحل أو مديره أو الشخص القائم بإدارته إذا حدثت الوفاة فى المستشفى أو محل معد للمريض أو ملجأ أو فندق أو مدرسة أو مسكنه أو سجن أو اى محل آخر .
لا تقع مسئولية التبليغ على أحد من الفئات المتقدمة إلا فى حالة عدم وجود أحد من الفئات التى تسبقها فى الترتيب.

الواجب القانونى :

المستفاد من نص المادة ٢٩ (معدلة بالقانون رقم ١٥٨ لسنة ١٩٨٠) أن التبليغ عن الوفيات واجب قانونى يقع على عاتق بعض الأشخاص الذين حددتهم المادة ٣١ السابقة وفقاً لترتيب معين بحيث لا تقع مسئولية التبليغ على أحد منهم إلا فى حالة عدم وجود أحد ممن يسبقه فى الترتيب، وقد حدد المشرع أجلاً يتعين التبليغ خلاله، وحدد الجهات التى ينبغى التبليغ إليها .

وعلى ذلك يكون المشرع قد حدد الواجب المتعين القيام به والشخص الملزم بالتبليغ ووقت ومكان التبليغ بالتفصيل الذى تناولته النصوص السابقة .

أركان الجريمة :

الركن المادي :

يقع الركن المادى فى هذه الجريمة بسلوك محض، صورته الامتناع عن التبليغ عن الوفيات، بإحجام أى من المكلفين بأداء هذا الواجب وفقاً لترتيبه فى الميعاد المحدد لذلك، وإلى الجهة المختصة التى حددها المشرع دون غيرها.
كما يتوافر الركن المادى أيضاً بعدم قيام الموظف المختص بمكتب الصحة أو الجهة الصحية بقيد الواقعة بسجل الوفيات أو عدم إرساله إحدى نسختى التبليغ مع بطاقة المتوفى أو الإقرار بعدم وجودها إلى مكتب السجل المدنى المختص مرافقة للإخطار الأسبوعى من الواقعات. وهذه الجريمة من جرائم الامتناع المجرد التى لا يتطلب المشرع فيها نتيجة، ومن ثم فإن الشروع فيها غير متصور ولا مجال لبحث علاقة السببية .

الركن المعنوى :

يتمثل القصد الجنائى فى هذه الجريمة فى اتجاه إرادة الممتنع عن التبليغ إلى ذلك مع العلم بعناصر الجريمة كما حددها المشرع، ومن ثم لا يجوز الاعتذار بالسهو أو النسيان دون العذر القهرى .

العقوبة :

رصد المشرع لهذه الجريمة عقوبة الغرامة على النحو الذى سبق أن أوضحناه، وذلك بموجب نص المادة ٥٧ من القانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠.

ثانياً: الوفيات التى تحدث أثناء السفر إلى الخارج أو العودة منه

النص القانونى :

تنص المادة ٣٤ معدلة بالقانون ١١ لسنة ١٩٦٥ على أن " يسرى على التبليغ عن الوفاة التى تحدث أثناء السفر

إلى الخارج او العودة حكم المادة ٢٢".

وعلى ذلك فإن أحكام التبليغ عن الوفاة هي ذاتها أحكام التبليغ عن الولادة فيما يتعلق بحدوث أى منهما أثناء السفر إلى الخارج أو العودة منه . ولكن يجب مراعاة اختلاف طبيعة الوفاة وعلى وجه الخصوص بالنسبة للمكلف بواجب التبليغ وفقاً لما نراه على التفصيل التالى :

من الذى يقع عليه واجب التبليغ ؟

إحالة المادة ٣٤ إلى حكم المادة ٢٢ والتى تطبق بدورها أحكام المادة ٧ (معدلة بالقانون ١١ لسنة ١٩٦٥) هى أحكام جميعها بحسب الأصل خاصة بالتبليغ عن الولادة.

أركان الجريمة :

الركن المادي :

يتوافر الركن المادى لهذه الجريمة إذا لم يتم التبليغ عن واقعة الوفاة التى تحدث أثناء السفر للخارج إلى القنصل فى الجهة التى كان يقصدها المسافر -المتوفى- أو إلى مكتب السجل المدنى المختص خلال الأجل المحدد لذلك وهو ثلاثين يوماً من تاريخ وصول الجثمان إلى تلك الجهة بالخارج، وهذه الجريمة تقع بسلوك سلبى محض باعتبارها جريمة امتناع مجرد مع توافر باقى أركان الجريمة .

الركن المعنوي :

هذه الجريمة عمدية ومن ثم فالقصد الجنائى مفترض وجوده، بمعنى أن إرادة الجانى قد اتجهت إلى الامتناع عن التبليغ عن الوفاة مع العلم بعناصر الجريمة كما حددها المشرع، ومن ثم لا يجوز الاعتذار بسهو أو نسيان دون العذر القهرى.

العقوبة :

هى الغرامة المنصوص عليها فى المادة ٥٧ السابق الإشارة إليها.

تطبيقات الشريعة الإسلامية فى جرائم الامتناع

تمهيد :

حثت الشريعة الإسلامية على التعاون ومساعدة الغير وإغاثة الملهوف وفعل الخيرات وترك المنكرات، وهناك من النصوص الكثيرة الواردة فى هذا المعنى، منها قوله تعالى﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ﴾(1).
وفى سورة الماعون يقول المولى عز وجل ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ، الَّذِينَ هُمْ عَن صَلاَتِهِمْ سَاهُونَ ، الَّذِينَ هُمْ يُرَاؤُونَ ، وَيَمْنَعُونَ المَاعُونَ﴾ .

فتوعد الله بالويل كل من سها عن صلاته والمرائى والمانع للماعون أى المانع للخير .

وفى سورة ق يقول المولى عز وجل ﴿أَلْقِيَا فِي جَهَنَّمَ كُلَّ كَفَّارٍ عَنِيدٍ ، مَّنَّاعٍ لِّلْخَيْرِ مُعْتَدٍ مُّرِيبٍ﴾(2) . فالكافر العنيد الذى يمنع الخير ويعتدى مكانه جهنم والعياذ بالله .

وفى سنن المصطفى ﷺ ما يحث على التكاتف والتكافل بين المسلمين بعضهم بعضا وبين سائر الناس بل والحيوانات والنبات أيضاً ، ونذكر منها على سبيل المثال قوله ﷺ (من كان عنده فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ، ومن كان عنده فضل زاد فليعد به على من لا زاد له) (3) .

وقد استقر الرأى الراجح فى الفقه الإسلامى - كما وضحنا - أن الممتنع يعتبر مسئولاً عن الجريمة التى يقوم بها كما لو كان قد ارتكبها بفعله، وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية الترك كالفعل . وذلك حين يوجب عليه الشرع واجب عدم الإتيان، ومن ثم تولدت مسئولية الشخص الذى يحبس آخر ويمنع عنه الماء والطعام حتى يموت، وكذا الذى يضل (تائه) فى الصحراء ويوشك على الهلاك عطشاً فيطلب الماء ويُمنع عنه، يعتبر قاتلاً عمداً. بل وذهب بعض الفقهاء إلى جواز قتال هذا الممتنع بفعله منعاً للهلاك .

بل إن الفقهاء قرروا عند حدوث تعارض ما بين الصلاة وإنقاذ غريق تقديم إنقاذ الغريق على الصلاة ، وأخيراً قد قرر الفقهاء أن كل من امتناع عن واجب فرضه الشارع يعاقب بعقوبة فإن كانت من العقوبات المقدرة فتطبق وإن كان من الجرائم التعزيرية عوقب بعقوبة تعزيرية .

وقد أشرنا من قبل أن نظرية التعزير فى الفقه الإسلامى هى المناسبة لتطبيقها كنظرية عامة للامتناع فى القانون الجنائى ، وأن الفرق بينهما بصفة أساسية يكمن فى الاهتمام بالنتائج فى نظرية الفقه الإسلامى ، ومن ثم فكل عمل يؤدى إلى تلك النتائج المحظورة شرعاً ينبغى التعزير عليها، لأن كل ما يؤدى إلى الحرام حرام وإن كان مباحاً.

وذلك بعكس القانون الجنائى الذى يحرم الفعل سلفاً قبل النتيجة ، مما يضيق من حدود التفسير المتاحة للقاضى عند التطبيق، ومن ناحية أخرى يؤدى للإفلات من العقوبة إذا ما أتى الجانى فعلاً غير المنصوص عليه بالنص القانونى ، وهذا ما تولد عنه الخلاف بين الفقهاء فى عدم تسوية الفعل بالامتناع.

بل العجيب أن المشرع الوضعى يعترف بجرائم الامتناع فى الجرائم غير العمدية التى تعتنى بالإهمال وعدم التحرز، بينما لا يعترف به فى الجرائم العمدية، باستثناء جريمة امتناع الأم عن إرضاع وليدها. فعدم الاستقرار التشريعى هذا هو الذى أدى إلى عدم تطبيق المحاكم لنصوص جرائم الامتناع، ومن ثم يساعد المجرمين على الإفلات من العقوبات .

وسوف نتناول بعض التطبيقات لجرائم الامتناع فى الشريعة الإسلامية فيما يلى :

المبحث الأول : جرائم الامتناع فى الاعتداء على النفس : ويتكون من ثلاثة مطالب :

---

(1) سورة المائدة ، الآية ٢ .

(2) سورة ق ، الآيتين ٢٤-٢٥ .

(3) فهرس مسلم ، كتاب اللقطة ، باب استحباب المؤاساة بفضول المال ، حديث رقم ١٧٢٨.

المطلب الأول : القتل العمد .

المطلب الثانى : قتل الجنين بالوسائل السلبية .

المطلب الثالث : القتل الخطأ .

المبحث الثانى : جرائم الاعتداء على المال : ويتكون من مطلبين :

المطلب الأول : خيانة الأمانة .

المطلب الثانى : الامتناع عن رد المغصوب.

المبحث الثالث : جرائم امتناع أخرى : ويتكون من أربعة مطالب :

المطلب الأول : امتناع القاضى .

المطلب الثانى : امتناع الموظفين عن تأدية عملهم .

المطلب الثالث : الامتناع عن الشهادة .

المطلب الرابع : الامتناع عن حراسة المساجين أو المقبوض عليهم .

المطلب الخامس : الامتناع عن البيع "الاحتكار" .

المبحث الأول
جرائم الامتناع فى الاعتداء على النفس

المطلب الأول
القتل العمد

أولاً : الإمام ابن حزم روى فى كتابه المحلى[1] أن رجلاً استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه فأدركه العطش فمات فضمنهم عمر بن الخطاب ديته .

الشريعة الإسلامية تعاقب فى هذا النوع من الجرائم على مجرد الامتناع فى ذاته باعتباره معصية ، فطلب الماء لا يجب رده ، وإن رد الطالب فإنه يرتكب معصية تستوجب التعزير ، حتى وإن لم يترتب عليها هلاك المستسقى ، بل الشريعة ذهبت إلى أبعد من ذلك فى حق المضطر إلى الطعام والشراب أن يقاتل الممتنع ويحصل منه على ما يقيم به أوده ، وإن قتل المضطر الممتنع فلا دية له لأنه فى موقع المدافع[2] .

جدير بالذكر أن هذا لا تعرفه القوانين الوضعية ، وحتى إن وجدنا من قال بهذا فإن الشريعة سباقه فى هذا المجال ، وقد فصل الإمام ابن حزم قوله فى هذه القضية الآتى : "القول عندنا وبالله التوفيق هو أن الذين لم يسقوه إن كانوا يعلمون أنه لا ماء البتة إلا عندهم ، ولا يمكنه إدراكه أصلاً حتى يموت ، فهم قتلوه عمداً وعليهم القود بأن منعه الماء حتى ماتوا كثروا أو قلوا" .

ولا يدخل فى ذلك من لا يعلم بأمره فيهم ، ولا من لم يمكنه أن يسقيه، فإن كانوا لا يعلمون ذلك ويقدرون أنه سيدرك الماء فهم قتله خطأ وعليهم الكفارة وعلى عواقلهم الدية ، وبرهان ذلك قول الله تعالى ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾[3] .

والإمام اعتبر الممتنع قاتلاً عمداً فى حالة علمه بأمر المستسقى أنه لا ماء له البتة ولا يمكنه إدراكه، أى توافر لديه العلم بظروف وملابسات المستسقى من أنه لا ماء معه ولا يمكنه إدراك الماء وأنه مشرف على الهلاك، فحكمه حكم القاتل

---

(1) المحلى ، طبعة سنة ١٩٥٤ جـ١ ص ٢٢ مسألة رقم ٢٠٩٧.

(2) الجريمة والعقوبة للإمام أبو زهره ، المرجع السابق ص ١٣٠.

(3) سورة البقرة ، الآية ١٩٤ .

العمدى . وعليه القود سواء كثر او قل القتلى .

ولا يدخل فى ذلك من انتفى عنه صفة العلم ، فإن كان الممتنع قادراً على سقياه ويمتنع أيضاً فهو فى حكم قتل الخطأ وعليه الكفارة وعلى عاقلته الدية .

الإمام ابن حزم بين أركان الجريمة العمدية هنا من امتناع عن واجب فرضه الشارع وهو السقاية - وهو ما يسمى بالركن المادى - واتجهت نيته إلى عدم السقاية وهو يعلم بإشرافه على الهلاك، فهنا العلم يتفق مع القصد الاحتمالى من المجرى العادى للأمور أن المشرف على الهلاك بالعطش إذا منع عنه الماء توفى فيتوافر فى حقه القصد الجنائى العمد.

وإن كان لا يعلم مع قدرته على السقاية ويمتنع أيضاً فإن إهماله وتقاعسه عن السقاية يقوم مقام الامتناع أيضا، أو ما يسمى بالخطأ الجسيم أو الإهمال الجسيم ، فيترتب على ذلك القصد الجنائى الضرر العمدى، فيجب عليه العقوبة (القتل خطأ).

ثانياً: وقد ورد فى المقنع لابن قدامة[1] عن المضطر إلى الطعام والشراب بالصفة إن لم يجد إلا طعاماً لم يند له بأكمله ، فإن كان صاحبه مضطراً إليه فهو أحق به وإلا لزمه بدله بقيمته، فإن أبى فللمضطر أخذه قهراً ويعطيه قيمته ، فإن منعه فله قتاله على ما يسد رمقه .

وينبغى التنويه هنا فى هاتين المسألتين وهى معالجة الامتناع فى نظرية الدفاع الشرعى ، حيث يمكن قيام حالة الدفاع الشرعى فى حق الممتنع ، بمعنى آخر إذا امتنع الممتنع عن أداء واجب شرعى مفروض عليه اعتبر ذلك اعتداء على حق يحميه الشرع وجب الدفاع عنه وحمايته من الهلاك ، ومن ثم قرر الفقهاء انعقاد حالة الدفاع الشرعى بضوابطه فى حق الممتنع . وهذا ينكره بعض شراح القوانين الوضعية بأن الامتناع لا ينعقد فى مواجهته حالة الدفاع الشرعى .

ثالثاً: قرر الإمام [2] أن بعض الفقهاء قرروا للجائع إذا كان فى بادية ولم يكن معه طعام يطعمه ولا مال يشترى به طعاماً ولم يوجد ما يطعمه ومعه صاحب عنده طعام يفيض عن حاجته، فعليه أن يعطيه ما يسد جوعه ، وإن امتنع فللجائع أن يقاتله حتى يأخذ منه ما يكفيه ، يضمنه عند الميسرة. وينبغى بيان أن طالب الطعام هو يطالب بحق الحياة، والمطالب بحق الحياة يطالب بواجب، ومن ثم ما يؤدى إلى الواجب يكون واجباً، وهنا وجب القتال فقد تعين سبيلاً إلى ذلك .

المطلب الثانى
قتل الجنين بالوسائل السلبية

تمهيد :

عندما نتحدث عن القتل بالترك فى مجال الفقه الجنائى الإسلامى والوضعى، فيتبادر إلى الذهن الصورة المثالية لهذا النوع، وهو قتل الرضيع بامتناع الأم عن رضاعته . ولكن هناك وسيلة أخرى وهى قتل الجنين بالوسائل السلبية وقد يقترب منها الوسائل المعنوية، وبمعنى آخر ارتكاب الواقعة بأفعال لا تعد إيجابية فى نظر المشرع الوضعى، ولكنها تسفر عن نتيجة محظورة شرعاً وهى قتل الأولاد سواء كانوا أجنة أم رضعاً وذلك لقول المولى عز وجل (ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئاً كبيراً)[3] .

** الوسائل السلبية للإسقاط :

من الوسائل السلبية لإسقاط الجنين امتناع المرأة الحامل عن تناول الطعام أو الدواء الموصوف لها لبقاء الحمل ،

---

(1) المنبع لابن قدامه المقدس جـ٣ طبعة السلفية ص ٥٣١.
(2) الإمام أبو زهرة ، العقوبة والجريمة ، المرجع السابق ، ص ٥٠٤ .
(3) سورة الإسراء ، الآية ٣١ .

ومنها أيضا أن المرأة إذا اشتمت رائحة طعام الجيران مثلا ، وغلب على ظنها أنها إن لم تأكل منه سقط جنينها فعليها الطلب ، فإن لم تطلب ولم يعلموا حملها حتى ألقته فعليها الغرة لتقصيرها ولتسببها[1].

** الوسائل المعنوية للإسقاط :

توجد وسائل معنوية قد تؤدى إلى الإسقاط ، منها الخوف والإفزاع أو الحزن الشديد ، ومن الوقائع المشهورة للإسقاط المعنوى : " ما روى أن امرأة ذكرت عند عمر رضى الله عنه بسوء فبعث إليها فقالت : يا ويلها مالها ولعمر فبينما هى فى الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولداً فصاح صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبى ﷺ ، فقال عثمان وعبد الرحمن : لا شيء عليك إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت على رضى الله عنه فقال له ما تقول ؟ إن اجتهدا فقد أخطآ ، وإن لم يجتهدا فقد غشاك ، وإن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقت ، فقال عمر عزمت عليك لا برحت حتى تفرقها على قومك" . يعنى قوم عمر ، ولم ينكر عثمان وعبد الرحمن ذلك ، فدل أنهما رجعا إلى قول على فصار إجماعاً[2]. وديته الغرة : ونفصل القول على النحو التالى :

أولاً: الغُرة :

تعريف الغرة : الغرة بضم الغين وتشديد الراء خيار المال كالفرس ، وغرة الشيء أوله كما سمى أول كل شهر غرة [3].

والغرة اصطلاحاً: هى عبد أو أمة ، سميا بذلك لأنهما من أنفس الأموال وأفضلها[4] ، وقيل : لأنه أول مقدار ظهر فى باب الدية ، وأول الشيء يسمى غرة [5] .

مقدار الغُرة :

اتفق الفقهاء على أن قيمة الغرة فى الحر المسلم هى نصف عشر دية الحر المسلم ، وهى خمس من الإبل ، وهذا القدر هو أقل ما قدره الشرع فى الجنايات ، كدية السن فهى خمس من الإبل ، ولا تصح أن تكون الدية اقل من ذلك[6].

أما قيمتها بالدراهم أو الدنانير ، فذهب الإمام مالك رحمه الله إلى أنها خمسون ديناراً أو ستمائة درهم[7] ، وهو الرأى الراجح عند الحنابلة[8] ، وأما أبو حنيفة رحمه الله فيرى أنها غرة عبد أو أمة ، قيمتها خمسون ديناراً أو خمسمائة درهم[9] ، وعند الشافعية : إذا فقدت الغرة فإنه يجب خمس من الإبل لأن الإبل هى الأصل فى الدية ، فإن أعوزت وجبت

---

(1) حاشية ابن عابدين (٢٦٠/١٠، ٢٦٢) ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : لشمس الدين محمد عرفة الدسوقى ، طبعة دار الفكر العربى ، بيروت (٥٥٧/٤، ٥٥٠) ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج : لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمى ، طبعة دار إحياء التراث العربى ن بيروت (٣٩/٩).

(2) المجموع شرح المذهب للإمام النووى جـ٢٠ ص ٤٢٤ ط مكتبة الإرشاد جدة السعودية ، المغنى جـ٩ ص ٥٧٩ ، ٥٨٠

(3) مختار الصحاح ص ٤٧١ ، المعجم الوسيط لمجمع اللغة (٦٤٩/٢).

(4) المغنى لابن قدامه (٥٣٦/٧).

(5) غريب الحديث ، لأبى عبيد القاسم بن سلام الهروى ، دار الكتب العربى ، الطبعة الأولى (١٧٦/١).

(6) المبسوط السرخسى (٩٠/٢٦) ، وبدائع الصنائع للكاسانى (٣٢٥/٧) ، وبداية المجتهد لابن رشد (٤١٦/٢) ، والمغنى مع الشرح الكبير لابن قدامه (٥٣٠/٩) ، ومغنى المحتاج للشربينى (٣٧٢/٥).

(7) المنتقى (٨١/٧) ، والتمهيد لما فى الموطأ من المعنى والأسانيد ، لأبى عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمرى ، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوى ، ومحمد عبد الكبير البكر ، وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية ، المغرب (١٣٨٧ هـ) (٤٨١/٦) ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، لأبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربى الشهير بالخطاب ، دار الفكر ، لبنان – بيروت الطبعة الثانية (١٣٩٨هـ) (٢٥٧/٦) ، وكفاية الطالب الربانى لرسالة أبى زيد القيراونى ، لأبى الحسن المالكى ، تحقيق يوسف الشيخ محمد القباعى ، دار الفكر بيروت (١٤١٢ هـ)(٢٨٥/٢).

(8) المغنى لابن قدامه (٥٤٢/٩) ، وكشاف القناع للهبوتى (٢٣/٦) .

(9) المبسوط للسرخسى (٨٧/٢٦) ، وحاشية ابن عابدين (٣٧٧/٥).

قيمتها فى أحد القولين ، أو خمسون ديناراً أو ستمائة درهم فى القول الآخر [1].

وتجب الغرة فى الجنين الحر المسلم ولو كانت أمة، كافرة وزوجها مسلم ، فإنه محكوم بإسلامه من غير خلاف[2] ، وكذلك لا فرق بين كون الجنين المعتدى عليه ذكراً أو أنثى لأن السنة لم تفرق بينهما ، وهو قول عامة أهل العلم[3] .

أدلة مشروعية الغرة :

ورد فى السنة الصحيحة ما يدل على وجوب الغرة ، منها :

١- عن أبى هريرة رضى الله عنه " أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها ، فقضى فيه النبى صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو أمة" ، وفى رواية : " أنها ضربتها بعمود فسطاط وهى حبلى فقتلتها" .

٢- وعن المغيرة بن شعبة عن عمر رضى الله عنه أنه استشارهم فى إملاص المرأة، فقال المغيرة :"قضى النبى صلى الله عليه وسلم بالغرة عبد أو أمة ، قال : ائت بمن يشهد معك ، فشهد محمد بن مسلمة أنه شهد النبى صلى الله عليه وسلم وقضى به"[4].

٣- عن عبد الله بن بريدة عن أبيه : " إن امرأة حذفت فأسقطت ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ولدها خمسمائة ، فنهى يومئذ عن الحذف[5] .

وقيمة الغرة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسون ديناراً أو ستمائة درهم ، وعند البعض خمسمائة درهم ، بحسب تقديرهم للإبل فى زمانهم ، فأهل الذهب تقوم عليهم الغرة بالذهب ، وأهل الدراهم تقوم عليهم الغرة بالدراهم ، والذى يستطيع أن يدفع من الصنفين فهو بالخيار.

شروط وجوب الغرة : هى :

الشرط الأول : وجود فعل جنائى يترتب عليه انفصال الجنين عن أمه ميتاً ، ويستوى فى هذا الفعل أن يكون مادياً كالترك ، أو معنوياً ، سواء توافر قصد الإجهاض أو لم يتوافر[6].

حتى أن المالكية نصوا على أن المرأة إذا شمت رائحة من الجيران كالمسك أو السمك أو الجبن المقلى فعليها أن تطلب منهم ، فإن لم تطلب ولم يعلموا بها حتى ألقته فعليها الغرة لتقصيرها وتسببها ، فإذا طلبت ولم يعطوها ضمنوا ، علموا بحملها أم لا .

الشرط الثانى : أن ينفصل الجنين عن أمه ميتاً وهى حية :

حيث نص الفقهاء على أن الجناية على الجنين لا تعتبر قائمة ما لم ينفصل الجنين عن أمه ميتاً وهى حية ، وذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى الجنين بغرة ، وأما إذا لم تلقه وماتت وهو فى جوفها فلا شىء فيه بإجماع الفقهاء .

الشرط الثالث : اشتراط الأئمة الثلاثة أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن يكون الجنين المنفصل بتأثير الجناية قد تجاوز المضغة وبدأ فى مرحلة التصور ، أما إذا ألقت مضغة ولم يتبين شىء من خلقه فلا غرة فيه، لأنه لا يطلق عليه لفظ الولد .

---

(1) المهذب للشيرازى (١٩٩/٢).
(2) المغنى لابن قدامه (٥٣٦/٩).
(3) المرجع السابق ونفس الصفحة .
(4) أخرجه البخارى (١٤/٩، ١٦٢) ، ومسلم (١٣٣/٣ رقم ١٦٨٩) وجاء هذا الحديث فى صحيح مسلم بشرح النووى برقم ١٦٨٣ ، ص ١٩٢ ، المرجع السابق .
(5) أخرجه بن أبى عاصم فى الديات ، طبعة : إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشى ، باكستان ، (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧م) ص ٣٨ ، والنسائى (٤٦/٨) ، وأبو داود (٤٥٧٨) ، والنسائى (٤٦/٨).
(6) أحكام الجنين فى الفقه الإسلامى ، لعمر غانم المرجع السابق ، ص ١٩٧ .

الشرط الرابع : أن يكون الجنين معصوم الدم بأن يكون مسلماً حقيقة أو حكماً ، فمن كان ابواه مسلمين فهو مسلم حقيقى ، ومن كان أحد أبويه مسلماً -كمن تزوج بامرأة من أهل الكتاب فحملت منه ، أو كان مسلماً فارتد عن الإسلام ، أو هى ارتدت وبقى أبوه مسلماً – فإن الجنين يتبع لأشرف الأبوين ديناً فهو مسلم حكماً ، فإذا تزوج مسلم نصرانية وضربها شخص فألقت جنينها فإنه يجب فيه الغرة .

فإذا تكاملت هذه الشروط فلا يهم كون الجنين ذكراً أو أنثى عملاً بالنصوص الشرعية التى ذكرناها سابقاً والتى لم تفرق بين ذكر أو أنثى .

وإذا تعددت الأجنة الساقطة ففى كل جنين غرة ، وكذلك إذا اشترك جماعة فى ضرب امرأة فألقت جنيناً أو أجنة ، فإنهم يشتركون فى دفع الغرة وتقسم عليهم بالحصص.

<u>على من تجب الغرة ؟</u>

ذهب المالكية إلى أن الغرة تجب فى مال الجانى ، وشبهوها بدية القتل العمد على اعتبار أن الجناية عمد فى أمه خطأ فيه ، وذلك إذا كانت الجناية عمداً.

والملاحظ أن المالكية مع أنهم اتفقوا مع الجمهور فى أن الجناية على الجنين ليست عمداً ، بل قد تكون عمداً فى أمه خطأ فيه ، إلا أنهم أطلقوا القول بوجوبها على الجانى تشبيهاً لها بدية العمد .

وذهب الشافعية والحنفية إلى أنها تجب على العاقلة ، واستدلوا على ذلك بما رواه أبو هريرة رضى الله عنه : " أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها ، فقضى فيه النبى صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو أمه ، وأن ميراثها لبنيها وزوجها ، وأن العقل على عصبتها" ، وفى رواية :"أنها ضربتها بعمود فسطاط وهى حبلى فقتلتها" ، وذلك لأن الجناية المعتمد على الجنين غير متصور عندهم ، وإنما تكون شبه عمد أو خطأ ، حتى لو كانت الجناية على أمه متعمدة ، وذلك للشك فى وجوده من حيث الحياة أو عدمها.

فهم يرون وجوب الغرة على العاقلة لا على الجانى واعتبروها من قبيل الخطأ أو شبه العمد.

وأما الحنابلة فإن العاقلة عندهم تحمل دية الجنين إذا مات مع أمه ، وكانت الجناية خطأ أو شبه عمد ، أما إذا كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة، لأن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث .

وأما ابن حزم الظاهرى فإنه يوجب الغرة على الجانى المتعمد قبل أن ينفخ فيه الروح ، وكذلك إذا نفخت فيه الروح وكانت الجناية عليه خطأ ، أما إذا كانت الجناية عليه عمداً بعد نفخ الروح فإن فيه القود ، وأما إذا كانت الجناية على الجنين بطريق الخطأ فإن الغرة على العاقلة ، سواء كانت الجناية من الأم أو من غيرها .

<u>لمن تجب الغرة ؟</u>

ذهب الأئمة الأربعة إلى أن الغرة موروثة ، لأنها دية فيرثها ورثته ، كما لو قتل بعد الولادة[1] .

وذهب ابن حزم إلى أن الغرة إذا كانت قبل نفخ الروح فهى لأمه ، لأنه بعض أمه ، وأما بعد نفخ الروح فهى لورثته[2] .

وإذا كان أحد الورثة هو الجانى فإنه يحرم من الميراث ولو كان أباً أو أماً أو غيرهما من الورثة ، وهذا أمر مجمع عليه بين الفقهاء[3] .

---

(1) فتح القدير شرح الهداية ، لمحمد بن عبد الواحد السيواسى المعروف بالكمال بن الهمام، دار الفكر، لبنان، بيروت، الطبعة الثالثة (١٤٠٦ ه) (٢٣٧/٩)، وحاشية ابن عابدين (٣٢٧/٧)، بدائع الصنائع للكسانى (٣٢٧/٧)، والمنتقى شرح موطأ مالك لأبى الوليد سليمان بن خلف بن أسعد بن أيوب بن وارث الباجى، دار الكتاب الإسلامى الطبعة الثانية (٨٠/٧)، وبداية المجتهد لابن رشد (٤١٦/٢) ، والتمهيد لابن عبد البر (٤٩٢/٦)، وروضة الطالبين للنووى (٢٢٦/٧)، والمغنى مع الشرح الكبير لابن قدامة (٥٤٢/٩)، وكشاف القناع للبهوتى (٢٤/٦).

(2) المحلى لابن حزم (٣٣/١١).

(3) روضة الطالبين للنووى (٢٢٦/٧) بتصرف ، والمغنى مع الشرح الكبير لابن قدامة (٥٥٠/٩).

المطلب الثالث
القتل الخطأ

قد يقدم الإنسان على عمل مباح في ذاته ولكنه مع ذلك لا يتخذ الحيطة والحذر الواجبين ويترك التحرز ، فيقتل آخر على غير قصد منه .

وقد عرفه البعض بأنه ترك التحرز [1] ومن ثم يأثم، والامتناع عنه بالتكلف والجهد[2] ، ولبيان ذلك ينبغى القول كما ذهب ابن حزم أنه ليس بوسع أحد الامتناع عن فعل الخطأ الذى لم يتعمده ولا قصده ، بينما الخطأ المقصود فى ذلك عدم تحرز وعدم تثبت من الفاعل فينتج عنه نتيجة ضارة أو محظورة شرعاً ، وذلك وفقاً للمجرى العادى للأمور فى نظر القانون الوضعى ، أو وفقاً للعرف فى نظر الشريعة الإسلامية ، ومن ثم يمكن للإنسان أن يمتنع عنه بنوع من التكلف والجهد[3] لئلا يحدث النتيجة الضارة، ولو أن أصل الفعل فيه مباح حيث يشترط السلامة وعدم إيذاء الغير بخطأ أو بامتناع عن التكلف وبذل الجهد لمنع ما يحدث من نتائج ضارة .

وعلى ذلك فالذى يرسل الدابة فى الطريق ويمتنع عن توثيقها فتصيب آخر فى الطريق فتقتله، ومثله الذى يوثق دابة فى الطريق مسقطاً إنساناً فتصيبه ويموت من هذه الإصابة، فالجانى فى الحالتين يعتبر متعدياً فى فعله إذا ترك دابته فى الطريق دون رعاية أو ملاحظة فأحدثت الإصابة التى كان منها القتل [4]. ولما كان القتل ناشئاً عن تسبب صاحب الدابة بامتناعه عن توثيق الدابة أو امتناعه عن رعاية المارة وتنبيههم ، وذلك دون أن يكون مباشراً منه، فإنه يدخل فى القتل بالتسبيب .

وعلى هذا يمكن القول أن الميكانيكى الذى يقوم بإصلاح سيارة ولم يصلح فرامل السيارة قبل تسليمها لمالكها فنتج عن ذلك حادث وتوفى ، فما الحكم؟ إن كان قاصداً بذلك كان قاتلاً عمداً لا محالة ، وإن امتنع عن تنبيه قائد السيارة بعدم بذل الجهد والتكلف فى ذلك فإنه يكون قاتل خطأ ، ولاشك أن تلك الظروف والملابسات تستفاد من وقائع الدعوى .

المبحث الثانى
جرائم الاعتداء على المال

المطلب الأول
خيانة الأمانة

الجانى قد استلم ما أوتمن عليه بعقد من عقود الأمانة وعند حلول الوفاء امتنع عن الوفاء .

فقهاء الشريعة بحثوا فى هذه المسألة فقالوا يعزر من يخون الأمانة، لأن الجانى قد استلم ما أوتمن عليه بعقد من عقود الأمانة، فيكون هناك قصور فى الحرز، لأنه يؤتمن على شىء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعى ضياعه أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية، وعلله بمقصور الحرز، لأنه قد كان فى يد الخائن وحرزه، لا حرز الملك على الخلوص ، وذلك لأن حرزه وإن كان حرز المالك فإنه أحرزه بإيداعه عنده، لكنه حرز مأذون للسارق فى وصوله[5] .

والماوردى قال فى الأحكام السلطانية أنه لا يُقطع من يخون الأمانة كأن يجحد العارية أو الوديعة، لأن شرط الحرز غير متوافر، فضلاً عن عدم توافر ركن السرقة وهو أخذ المال خفية .

ويقول الشافعى فى خبر المخزومية التى قطعها الرسول ﷺ وقد كانت تستعير المتاع وتجحده أن القطع لم يكن

---

(1) شرح الكنز للزيلعى جـ٦ ص ١٠١ " بهذا النوع من القتل لا يأثم إثم القتل وإنما يأثم إثم ترك التحرز .
(2) الكاسانى جـ٧ ص ٢٥٢ وفيه " أن القتل الخطأ تمكن الامتناع عنه بالتكلف والجهد .
(3) د. عبد العزيز عامر: المرجع السابق ، ص ١٣٩ .
(4) د. عبد العزيز عامر: المرجع السابق، ص ٨٩ .
(5) بداع الصنائع الكاسانى جـ٧ ص ٧٤.

لجحد العارية بل للسرقة ، وإنما ذكر الخبر على هذا الوجه لأن هذه المخزومية عرفت بجحد العارية[1].

بينما يرى الإمام ابن حزم وابن حنبل بقطع حاجز العارية ويسوون بينه وبين السارق لأنه مستعير جاحد، وممن قال بذلك إسحاق بن راهويه وزفر والخوارج إذ لا يشترطون الحرز، فمن استعار شيئاً فجحده فقطع عندهم[2] .

المطلب الثانى

الامتناع عن رد المغصوب

وبيان ذلك أن الجانى قد أتم السرقة وسلم المسروقات لآخر ، فامتنع الأخير عن رد المغصوب (المسروق)، فقد قال الفقهاء فى ذلك : ومن قبيل ترك الواجب أيضاً الامتناع عن رد المغصوب فإنه يستحق التعزير حتى الرد.

فالمستفاد من ذلك تعزير مخفى المسروقات وتشديد العقوبة إذا كان يعلم بأن ذلك من متحصلات جرائم السرقة .

ومن ذلك أيضاً ما جاء فى كشاف القناع من كتم البائع ما يجب عليه بداية، كالتدليس فى البيع وإخفاء العيب، أى الامتناع عن إظهار العيب فى المبيع للتدليس على المشترى[3] .

المبحث الثالث

فى جرائم امتناع أخرى

المطلب الأول

امتناع القاضى عن الحكم فى الدعوى

إذا امتنع القاضى عن الحكم أو توقف عن إصدار الحكم بعد اتصاله بالدعوى بالطريق الذى حدده القانون، فإنه يعزل ويُعزر على ذلك . كما يعزل ويعزر على تأخير الحكم دون مسوغ . وقد جاء أن القضاء واجب بعد ظهور عدالته حتى لو امتنع فيأثم ويستحق العزل والتعزير.

وسند ذلك قول الله تعالى ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى﴾[4].

وأيضاً قوله تعالى﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾[5].

فالأمر واجب كفائى ، يجب على من تتوافر فيه الشروط والصفات مما جمعها أهل الفقه من الورع والتقوى والعدل وإقامة الحجة والفهم والوقار وحنكة السنين[6] .

ومن ثم فإن امتناع القاضى عن واجبه بالفصل والحكم فيه ضياع الحقوق بين العباد وإفلات المجرمين من العقاب وضياع هيبة الدولة والسلطات، فضلاً عن انتشار الفساد وما يروع الناس. وهذا ما ترفضه الشريعة فإذا امتنع القاضى عزل وحبس.

كما يعزر أيضاً القاضى عند جوره لارتكابه جريمة منكرة لظهور خيانة وعدم أمانته، أما إذا أخطأ فلا جناح عليه لقول الله تعالى ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ﴾[7].

---

(1) الأحكام السلطانية ، مطبعة السعادة عام ١٣٢٧ هـ ، ص ٢١٥.

(2) د. عبد العزيز عامر : المرجع السابق، ص ١٨٦.

(3) د. عبد العزيز عامر : المرجع السابق ، ص ٦٤.

(4) سورة ص ، الآية ٢٦ .

(5) سورة النساء ، الآية ٥٨ .

(6) القضاء فى الإسلام للمستشار الدكتور محمود الشربينى الطبعة الثانية سنة ١٩٩٩ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ص ١٦ .

(7) سورة الأحزاب ، الآية ٥.

المطلب الثانى
امتناع الموظفين عن تأدية عملهم

كل عمل من شأنه شل الجهاز الحكومى أو تعطيله أو عدم انتظامه تعتبره الشريعة جريمة تستوجب التعزير ، والغرض من ذلك ضمان حسن سير العمل فى الوظائف العامة حتى تقوم بواجباتها عموماً على أكمل وجه وأتم نظام[1] .

والسند الشرعى فى ذلك قول الله تعالى ﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾[2] . وحديث النبى ﷺ " إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه" . وفى حديث آخر " إذا قامت الساعة وفى يد أحدكم غرساً فإن استطاع أن يغرسه فليفعل".

كل هذه النصوص –وما أكثرها- تحث على العمل وتحذر عن الامتناع عن العمل، لأن الشريعة إنما جاءت للحفاظ على ضروريات الحياة وتحذر من توقف عملية الحياة ، لأن المولى عز وجل ، قال : ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً ﴾[3]. ويقول: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾[4].

ومن ثم جاء حكم الشارع بالنهى عن الإضراب[5] ، ورأينا أن العمل واجب ومن ثم فالامتناع عنه يستوجب التعزير ، وعلى ذلك إذا ترك جماعة من الموظفين عملهم أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو معنيين بتحقيق غرض مشترك فإنهم يعزرون على ترك عملهم، ويعزر أيضاً كل من يتمرد فى وظيفته أو يستعمل القوة أو العنف مع رؤساءه ويترك عمله ، وإذا بقى المتمردون شاهرين سلاحهم مصرين على فعلهم ولم يكن دفعهم إلا بالقتل يقتلون[6].

المطلب الثالث
الامتناع عن الشهادة

الأصل أنه يجب على المسلم أن يدلى بشهادته ، لأن الغائر من الحقوق يستخرج بلسان الشاهد الصدوق ، ولا يسع المسلم التخلف عن أداء الشهادة إذا دعى إليها أو تعينت عليه إحياء للحق ، ما لم يصبه أو غيره ضرر أعظم مفسدة مما تترتب على كتمان الشهادة ، هذا فيما سوى أسباب الحدود ، أما في الكتمان ستراً على أخيه ، والستر أفضل ، ما لم يكن مقترف الذنب متهتكا يجهر بالمعصية لا يرجو لله وقاراً، فإن إقامة الشهادة عليه وكشف اللثام وإزاحة الستر عنه من باب الأولى(7) والأصل في جزئيات هذا البيان ما يلي:

---

(1) التعزير د. عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص ٢١٦.
(2) سورة التوبة ، الآية ١٠٥ .
(3) سورة البقرة ، الآية ٢٩ .
(4) سورة الإسراء ، الآية ٧٠.
(5) الحسبة فى الإسلام لابن تيمية ص ٤٨.
(6) التعزير د. عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص ٢١٧ وهامش رقم ١ .
(٥) المبسوط ١٧٧/١٦، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ت ٥٨٧ هـ طبعة دار الكتاب العربى ط١٤٠٢/٢ هـ ٢٨٢/٦، حاشية ابن عابدين ٦٦/٧، البحر الرائق ٥٧/٧، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ١٦٨/٢، العناية على الهداية ٣٦٧/٧، تبين الحقائق ٢٠٨/٤، التاج المذهب للشيخ أحمد بن قاسم اليماني طبعة دار إحياء الكتب العربية سنة ١٣٦٦ هـ ٣/ ٣٤٨، الفواكه الدواني ٢٢٥/٢، المهذب ٣٢٣/٢، الأم للشيخ محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله ط دار المعرفة بيروت ١٣٩٣/٢ هـ ٣/ ٩٢، مغني المحتاج ٤٥٠/٤، فتح الوهاب ٣٩٣/٢، الزواجر عن اقتراف الكبائر للشيخ أحمد بن أحمد بن علي بن حجر الهتيمي ط دار الفكر ٢٠٩/٢، المغني ١٥٤/١٠، كشاف القناع ٤٠٥/٦، الروض المربع ٤١٥/٣، الطرق الحكمية ٢١٧/١، المحلي ١٤٥/١.

أولاً: من القرآن الكريم :

وردت الكثير من النصوص القرآنية التي توجب على المسلم الإدلاء بشهادته ومنها :

١- قول الله – تعالى - : ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن كَتَمَ شَهَادَةً عِندَهُ مِنَ اللهِ وَمَا اللهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ﴾[1] الآية وإن كان المعنى فيها لا أحد أظلم من أهل الكتاب، لأنهم كتموا الشهادة بالحنفية الإبراهيمية[2] وهم يعلمون ذلك ويجدونه في كتبهم، إلا أن العبرة فيها بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فكل من يكتم شهادة من غير بأس يترتب عليها ضياع حق يكون من الظالمين[3].

٢- قال الله – تعالى - : ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاء[4] إِذَا مَا دُعُوا﴾[5] فمفاد هذا الخطاب أن الشهادة المتعينة حق على الشاهد، يجب عليه القيام به ويأثم بتركه إذا ما دعوا لأداء الشهادة أو التحمل، ودل قوله تعالى : [إِذَا مَا دُعُوا] على أن الشاهد هو الذي يمشي إلى الحاكم، وهذا أمر بنى عليه الشرع وعمل به في كل زمان وفهمته كل أمة[6].

٣- قول الله -تعالى-: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾[7] الكتمان: عقد القلب على ترك الأداء باللسان، والمراد نهي الشاهد عن أن يضر بكتمان الشهادة، حيث يخاف ضياع حق، لأن الشهادة أمانة المشهود له في ذمة الشاهد فيما يتعلق بحق العبد، والأمين مطالب شرعاً لإبراء ذمته بأداء الأمانة، لقول الله تعالى : ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللهَ رَبَّهُ﴾[8]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[9] ومعنى قوله [وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ] أي مجاز وهو أكد من الحقيقة في الدلالة على الوعيد وهو من بديع البيان ولطيف الإعراب عن المعاني[10] وإنما خص القلب بالذكر مع العلم بأن المجازاة تلحق الجسد كله دقه وجله، ذلك لمعنيين أولهما: لأن الكتمان مقترفة، ونظيره العين زانية والأذن زانية، والثاني: للمبالغة، لأن القلب رئيس الأعضاء، وأفعاله أعظم الأفعال، ولما عرف لغة أن إسناد الفعل إلى محله أقوى من الإسناد إلى كله، فقوله أبصرته بعيني أكد من قوله أبصرته، وكأنه قيل تمكن الإثم في نفسه وأخذ أشرف أجزائه وفاق سائر ذنوبه[11].

٤- قول الله -تعالى-: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء لِلهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلاَ تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[12] المعنى أي كونوا مواظبين على العدل، مجتهدين في إقامته، شهداء لله بالحق تقيمون شهاداتكم لوجه الله -سبحانه وتعالى- ولو عن إقامة الشهادة أو لا تجوروا فيها ميلاً أو ترحماً، وإن وليتم إقامة الشهادة فأديتموها أو تعرضوا عن أدائها فإن الله

---

(٦) سورة البقرة ، الآية ١٤٠ .

(٧) قال الله – تعالى- : ﴿وَقَالُوا كُونُوا هُودًا أَوْ نَصَارَى تَهْتَدُوا قُلْ بَلْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ سورة البقرة، الآية ١٣٥.

(٨) تفسير البيضاوي ٥٧٤/١، الدر المنثور ٣٤١/١ .

(١) سموا شهداء قبل التحمل، تنزيلاً لما يشارف منزلة الواقع. تفسير البيضاوي ٥٨٠/١.

(٢) سورة البقرة رقم الآية ٢٨٢.

(٣)الجامع لأحكام القرآن ٣٩٩/٣، تفسير الطبري ١٢٧/٣، الدار المنثور ١١٨/٢.

(٤) سورة البقرة رقم الآية ٢٨٣.

(٥) سورة البقرة رقم الآية ٢٨٣.

(٦) سورة النساء رقم الآية ٥٨.

(٧) الجامع لأحكام القرآن ٤١٥/٣.

(٨) تفسير البيضاوي ٥٨٢/١، تفسير القرطبي ٤١٥/٣، الدر المنثور ١٢٦/٢، فتح القدير للإمام محمد الشوكاني ت ١٢٥٠ هـ ط دار الفكر ١٤٠٣ هـ ٣٠٣/١.

(٩) سورة النساء رقم الآية ١٣٥.

كان بما تعملون خبيراً فيجازيكم عليه[1].

٥- قول الله -تعالى-: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاء بِالْقِسْطِ وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلاَّ تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾[2] المعنى أي ليكن من أخلاقكم وصفاتكم القيام لله شهداء بالعدل في أوليائكم وأعدائكم، ولا تجوروا في أحكامكم وأفعالكم، فتجاوزوا ما حددت لكم في أعدائكم لعدواتهم لكم، ولا تقصروا فيما حددت لكم من أحكامي وحدودي في أوليائكم لولايتهم، ولكن انتهوا في جميعهم إلى حدي واعملوا فيه بأمري، ولا يحملنكم عداوة قوم على أن تخسروهم حقوقهم[3].

٦- قول الله -تعالى-: ﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلاَةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لاَ نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلاَ نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الآثِمِينَ﴾[4] المعنى أن شيمة المؤمن لا يكتم شهادة الله، أي الشهادة التي أمره الله بإقامتها وألزمه أداءها[5].

٧- قول الله -تعالى-: ﴿وَالَّذِينَ هُم بِشَهَادَاتِهِمْ قَائِمُونَ﴾[6] أي على من كانت عليه من قريب أو بعيد يقومون بها عند الحاكم ولا يكتمونها ولا يغيرونها، حيث يلزمهم أداؤها غير مغيرة ولا مبدلة[7].

٨- قول الله -تعالى-: ﴿ وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾[8]، وقوله تعالى: ﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم مِّنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[9]، وقوله تعالى: ﴿ لاَّ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاَحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتَغَاء مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾[10]، وقوله تعالى :﴿ لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِن بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى لِسَانِ دَاوُودَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ ذَلِكَ بِمَا عَصَوا وَّكَانُوا يَعْتَدُونَ۞ كَانُوا لاَ يَتَنَاهَوْنَ عَن مُّنكَرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾[11] فهذه الآيات سند للإجماع المنعقد على أن النهي عن المنكر فرض لمن أطاقه وأمن الضرر على نفسه وعلى المسلمين، فإن خاف فينكر بقلبه ويهجر ذا المنكر ولا يخالطه[12] فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من أهم القواعد الإسلامية وأجل الفرائض الشرعية، ولهذا كان تاركه شريكاً لفاعل المعصية ومستحقاً لغضب الله وانتقامه[13] فهما عمادان من أعمدة الشريعة المطهرة، بل هذان العمادان هما أعظم أعمدة الدين[1] يؤيد هذا ما روي عن

---

(١٠) تفسير البيضاوي ٢٦٥/٢.
(١١) سورة المائدة رقم الآية ٨.
(١٢) تفسير الطبري ١٤١/٦.
(١) سورة المائدة رقم الآية ١٠٦.
(٢) تفسير البيضاوي ٣٧٥/٢، الجامع لأحكام القرآن ٣٥٧/٦، تفسير الطبري ١١١/٧، روح المعاني ٥٠/٧، تفسير النسفي ٣٠٧/١، الدار المنثور ٣٧٥/٢.
(٣) سورة المعارج رقم الآية ٣٣.
(٤) الجامع لأحكام القرآن ٢٩٤/١٨، تفسير البيضاوي ٣٩٠/٥، تفسير الطبري ٨٤/٢٩.
(٥) سورة آل عمران رقم الآية ١٠٤.
(٦) سورة آل عمران رقم الآية ١١٠.
(٧) سورة النساء رقم الآية ١١٤.
(٨) سورة المائدة رقم الآية ٧٨، ٧٩.
(٩) الجامع لأحكام القرآن ٢٥٣/٦، تفسير الطبري ٣١٩/٦، أحكام القرآن ١٥٤/٤.
(١٠) تفسير ابن كثير ٣٠٠/٢، ٨٤، فتح القدير ٦٦٨٤/٢.

حذيفة بين اليمان عن النبي -ﷺ- قال: (ولذي نفسي بيده لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليوشكن الله أن يبعث عليكم عقاباً منه ثم تدعونه فلا يستجاب لكم)[2]، وعن عبد الله بن مسعود -ﷺ- قال : قل رسول الله -ﷺ- : (لما وقعت بنو إسرائيل في المعاصي نهتهم علماؤهم فلم ينتهوا فجالسوهم في مجالسهم وواكلوهم وشاربوهم فضرب الله قلوب بعضهم ببعض ولعنهم (على لسان داود وعيسى ابن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون) قال فجلس رسول الله -ﷺ- وكان متكئاً، فقال لا والذي نفسي بيده حتى تأطروهم على الحق أطرا)[3] فكاتم الشهادة حيث تعينت عليه لإقامة الحد قد أخل بواجب النهي عن المنكر فقد عصى الله سبحانه وتعدى حدوده، إذ أن الإدلاء بها حينئذ واجب عليه حتى ترد الظلامات إلى أهلها.

ثانياً: من السنة النبوية:

لقد تضافرت النصوص النبوية على حرمة كتمان الشهادات المؤدى إلى ضياع الحقوق والأمانات منها ما يلي:

١- عن زيد بن خالد الجهني -ﷺ- أن رسول الله -ﷺ- قال : (ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بالشهادة قبل أن يُسألها) [4] هذا الحديث بيان نبوي في سياق المدح بأن خير الشهود الذي يأتي بالشهادة قبل أن يدعي إليها، إن كان يلحق غيره ظلم إن لم يشهد، لأنها حق للمشهود له[5].

فإن قيل: إن هناك تعارضاً بين هذا الحديث وبين ما روي عن عمران بن حصين -رضي الله عنهما- يقول: قال رسول الله -ﷺ- : (عن عمران بن حصين -رضي الله عنهما- قال: قال النبي -ﷺ-: (خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم -قال عمران: لا أدري أذكر النبي -ﷺ- بعد قرنين أو ثلاثة- قال النبي -ﷺ- إن بعدكم قوماً يخونون ولا يؤتمنون ويشهدون ولا يستشهدون وينذرون ولا يفون ويظهر فيهم السمن)[6] حيث ورد في سياق ذم من بادر بالإدلاء بالشهادة قبل أن يدعى إليها أو يسألها[7]. يجاب عن هذا: بأنه لا مناقضة هنا بين حديث المدح وحديث الذم، حيث إن العلماء حملوا حديث زيد بن خالد الجهني على ما لا يحمل عليه حديث عمران بن حصين فانفك التناقض المظنون، فقد تأولوا حديث زيد بن الجهني على أن المراد به إذا كان عند الشاهد شهادة بحق لا يعلم بها صاحب الحق فيأتي إليه فيخبره بها، أو يموت صاحبها فيلف ورثة فيأتي إليهم فيخبرهم بأنه عنده لهم شهادة، وهذا أحسن الأجوبة وهو جواب يحيي بن سعيد شيخ الإمام مالك، أو أن المراد به شهادة الحسبة وهي ما لا تتعلق بحقوق الآدميين المختصة بهم محضاً، ويدخل في الحسبة ما يتعلق بحق الله تعالى أو ما فيه شائبة منه كالصلاة والوقف والوصية العامة ونحوها، أو أن المراد بقوله أن يأتي بالشهادة قبل أن يسألها المبالغة في الإجابة، فيكون لقوة استعداده كالذي أتى بها قبل السؤال سريعاً من غير توقف، أما حديث عمران بن حصين

---

(١١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشيخ محمد بن على الشوكاني ت ١٢٥٠ هـ - طبعة دار الكتب العلمية - ط١/١٤٠٥ هـ ٢٤٣/١.

(١٢) سنن الترمذي ٤٦٨/٤ رقم ٢١٦٩ وقال: حديث حسن.

(١) سنن الترمذي كتاب تفسير القرآن رقم ٣٠٤٧، وفي رواية أخرى عن ابن مسعود-ﷺ- أن النبي-ﷺ- قال (... كلا والله لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر ولتأخذن على يدي الظالم ولتأطرنه على الحق أطرا ولتقصرنه على الحق قصرا) سنن الإمام سليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني الأزدي ط دار الفكر ١٢١/٤ رقم ٤٣٣٦.

(٢) صحيح مسلم ١٣٤٤/٣ رقم ١٧١٩، سنن الترمذي ٥٤٤/٤ حديث رقم ٢٢٩٥ وقال: حديث حسن صحيح.

(٣) فتح الباري ٢٥٩/٥، شرح النووي على صحيح مسلم للشيخ أبي زكريا يحي بن شرف الدين النووي ط دار إحياء التراث العربي بيروت ١٣٩٢ هـ ٨٦/١٦، التاج والإكليل ١٦٦/٦، كشف القناع ٤٠٧/٦، المحلي ١٤٦/١١.

(٤) صحيح البخاري للشيخ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي ط دار ابن كثير بيروت ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م ١٣٣٥/٣ رقم ٣٤٥٠، صحيح مسلم ١٩٦٤/٤ رقم ٢٥٣٥، سنن الترمذي ٥٠٠/٤ رقم ٢٢٢٢ وقال: حديث حسن صحيح؛= صحيح الشيخ محمد بن حبان بن أحمد أبي حاتم التميمي البستي ط مؤسسة الرسالة بيروت ١٤١٤/٢هـ ١٢٣/١٥ رقم ٦٧٢٩، سنن أبي داود ٢١٤/٤ رقم ٤٦٥٧.

(٥) فتح الباري ٢٦٠/٥، شرح النووي على صحيح مسلم ١٧/١٢.

فتأولوه على أنه محمول على شهادة الزور أي يؤدون شهادة لم يسبق لهم بها علم وهذا أحسن الأجوبة أو على الإتيان بالشهادة بلفظ الحلف نحو أشهد بالله ما كان إلا كذا، أو المراد به الشهادة على ما لا يعلم مما سيكون من الأمور المستقبلة فيشهد على قوم بأنهم من أهل النار وعلى قوم بأنهم من أهل الجنة من غير دليل كما يصنع ذلك أهل الأهواء، أو محمول على من ينتصب شاهداً وليس هو من أهل الشهادة[1].

٢- عن جابر بن عبد الله –رضي الله عنهما- أن رسول الله -ﷺ- قال: (اتقوا الظلم فإن الظلم ظلمات يوم القيام واتقوا الشح فإن الشح أهلك من كان قبلكم حملهم على أن سفكوا دماءهم واستحلوا محارمهم)[2].

المراد بالشح الظلم، وهو يشتمل على معصيتين أخذ مال الغير بغير حق ومبارزة الرب بالمخالفة، والمعصية فيه أشد من غيرها، لأنه لا يقع غالباً إلا بالضعيف الذي لا يقدر على الانتصار[3] والشاهد الذي يضن بكلمة الحق فيضيع على الناس حقوقهم شحيح ظالم يعين على هضم الحقوق وإفساد ذات البين، وهذا كله محرم شرعاً فما يؤدى إليه وهو كتم الشهادة يكون محرماً أيضاً.

٣- عن عبد الله بن عمر –رضي الله عنهما- أخبر أن رسول الله -ﷺ- قال: (المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخليه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيام ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة)[4] فقوله [لا يسلمه] أي لا يتركه مع من يؤذيه ولا فيما يؤذيه، بل ينصره ويدفع عنه، وهذه النصرة قد تكون واجبة وقد تكون مندوبة بحسب اختلاف الأحوال، وقوله: [من ستر مسلماً] أي رآه على قبيح فلم يظهره أي للناس، وليس في هذا ما يقتضي ترك الإنكار عليه فيما بينه وبينه، ويحمل الأمر في جواز الشهادة عليه بذلك، على ما إذا أنكر عليه ونصحه فلم ينته عن قبيح فعله، ثم جاهر بهن فالذي يظهر أن الستر محله في معصية قد انقضت، والإنكار في معصية قد حصل التلبس بها فيجب الإنكار عليه، وإلا رفعه إلى الحاكم، وليس من الغيبة المحرمة بل من النصيحة الواجبة، وفيه إشارة إلى ترك الغيبة لأن من أظهر مساوئ أخيه لم يستره[5] فالحاصل من هذا البيان أن الشاهد الذي يضن بشهادته فيما يتعلق بحقوق العباد يكون عمله هذا منافياً لحقوق الأخوة التي أمر الإسلام بمراعاته، أما فيما يتعلق بأسباب الحدود فالأفضل مراعاة جانب الستر[6] ما لم يكن مقترف الذنب متهتكاً لا يبالي بإتيان المحظور ولا يتألم لذكره المعاصي.

٤- عن أنس -ﷺ- قال: قل رسول الله -ﷺ-: (انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً قالوا يا رسول الله هذا ننصره مظلوماً

---

(٦) فتح الباري ٢٦٠/٥، سبل السلام محمد بن غسماعيل الصنعاني الأمير ط دار إحياء التراث العربي بيروت ١٣٧٩/٤م ١٢٦/٤، عون المعبود ٢٦٨/١٢، شرح الزرقاني للشيخ محمد بن عبد الباقي يوسف الزرقاني ط دار الكتب العلمية بيروت ١٤١١هـ ٤٨٩/٣ ،مواهب الجليل ١٦٦/٦، مغني المحتاج ٤٣٦/٤، الإقناع للشيخ محمد الشربيني الخطيب ط دار الفكر بيروت ١٤١٥هـ ٦٤١/٢، السيل الجرار ٢١٣/٤.

(١) صحيح الإمام مسلم ١٩٩٦/٤ رقم ٢٥٧٨.

(٢) فتح الباري ١٠٠/٥، شرح النووي على صحيح مسلم ١٣٤/١٦، سبل السلام ١٨٤/٤، فتح القدير للشوكاني ٢٠٣/٥.

(٣) صحيح مسلم ١٩٩٦/٤ رقم ٢٥٨٠، سنن الترمذي ٣٤/٤ رقم ١٤٢٦ وقال : حديث حسن صحيح غريب.

(٤) فتح الباري ٩٧/٥، عون المعبود ١٦١/١٣.

(٥) إنما جاز الإدلاء بالشهادة إقامة للحسبة لما فيه من إزالة الفساد أو تقليله فكان حسناً ولا يعارضه قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا﴾ سورة النور الآية رقم ١٩. لأن مقصود الشاهد ارتفاعها لا إشاعتها، ولا يعارض أفضلية الستر آية النهي عن كتمان الشهادة، لأنها من إشاعتها، ولا يعارض افضلية الستر آية النهي عن كتمان الشهادة، لأنها من حقوق العباد بدليل قوله تعالى : ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاء إِذَا مَا دُعُوا﴾ سورة البقرة رقم الآية ٢٨٢. إذ الحدود لا مدعى فيها، أو لأنه عام مخصوص بأحاديث الستر. فإن قيل: كيف صح القول بتخصيص عام الكتاب بهذه وهي أخبار آحاد؟ يجاب عن هذا بأن الأخبار الواردة في طلب الستر بلغت مبلغاً لا ينحط بها عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الأمة لها فصح التخصيص بها، أو هي مستند الإجماع على تخيير الشاهد في الحدود، فثبوت الإجماع دليل ثبوت المخصص. البحر الرائق ٥٩/٧.

فكيف ننصره ظالماً؟ قال تأخذ فوق يديه)[1] فكل مسلم ولي لكل مسلم وأنه مأمور بالنظر له بالأحوط وبالقيام له بالقسط وبالتعاون على البر والتقوى[2] وإذا كان الستر على مقترف الجرائم الحدية أملاً في توبته من باب العمل بالأحوط[3] فليس الأمر كذلك ذا كان المذنب متهتكاً لا يبالي، أو كان محل الشهادة يتعلق بحق العبد ولا يمكن استخراجه من الذمم الشحيحة إلا إذا أدلى الشاهد بشهادته.

٥- عن يزيد بن نعيم عن أبيه أن ماعزاً أتى النبي -ﷺ- فأقر عنده أربع مرات، فأمر برجمه، وقال لهزال: (لو سترته بثوبك[4] كان خيراً لك)[5] يؤخذ من هذا أنه يستحب لمن وقع في مثل قضية [ماعزا] أن يتوب إلى الله تعالى، ويستر نفسه، ولا يذكر ذلك لأحد، وأن من اطلع على ذلك يستر عليه ولا يفضحه ولا يرفعه إلى الإمام، هذا كله في غير المجاهر، فأما إذا كان متظاهراً بالفاحشة مجاهراً فيستحب مكاشفته والتبريح به لينزجر هو وغيره[6].

ثالثاً: الإجماع:

أجمع أهل العلم سلفاً وخلفاً على أن كتمان الشهادة من غير بأس يوجب التأثيم، ما لم تكن الشهادة على سبب من أسباب الحدود فالأحوط مراعاة فضيلة الستر، ما لم يكن مقترف الذنب متهتكاً به مجاهراً[7].

رابعاً: من المعقول:

الحاجة داعية إلى الشهادة، ومع كتمان الشهادات تضيع الحقوق وتهدر القيم وتسلب حقوق الضعفاء والفقراء وتقل ثقة الناس فيما بينهم وتعم المآسي والكوارث، لهذا كله كان كتمان الشهادة من غير عذر فيما يتعلق بحقوق العباد عملاً محرماً[8].

المطلب الرابع
الامتناع عن حراسة المساجين أو المقبوض عليهم

المساجين أو المقبوض عليهم من مرتكبى الجرائم أو الهاربين من الأحكام الصادرة ضدهم ، ينبغى التشديد فى حراستهم حال تنقلاتهم أو فى أماكن حبسهم ، وإذا ما مكن أحداً أياً منهم أو امتنع عن حراسته وساعده على الهرب أو سهل له ذلك يكون قد ارتكب منكراً وجب التعزير .

وقد ذكر الفقهاء بعض الحالات، ومنها من يؤوى محارباً أو سارقاً أو قاتلاً أو نحوهم ممن يكون عليهم حق الله تعالى أو الآدمى، ويمنعه ممن يستوفى منه الواجب ، فقالوا أنه يعتبر شريكاً له فى جرمه ، وقد لعنه الله ورسوله ، لما رواه

---

(٦) صحيح البخاري ٢٥٥٠/٦ رقم ٦٥٥٢.

(٧) المحلي ٣٢٣/٨.

(٨) فإن قيل: كيف يعمل بإحدى الحسبتين في جريمة السرقة التي تمثل اعتداء على حق الله وحق العبد؟ يجاب عن هذا بأن يقول في السرقة: [أخذ –لا سرق] إحياء لحق المسروق منه، ولا يقول سرق محافظة على الستر، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع، والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه. البحر الرائق ٦٠/٧.

(١) وذكر الثوب في الحديث مبالغة، أي لو لم تجد السبيل إلى ستره إلا بردائك ممن علم أمره كان أفضل مما أشرت به عليه من الإظهار، لأن هزالاً أشر عليه بالإقرار. فتح الباري ١٢٥/١٢.

(٢) سنن أبي داود ١٣٤/٤ رقم ٤٣٧٧، المستدرك للإمام محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ط دار الكتب العلمية بيروت ١/١٤١١هـ ٤٠٣/٤ رقم ٨٠٨٠ وقال هذا حديث صحيح الإسناد.

(٣) فتح الباري ١٢٥/١٢، الهداية على بداية المبتدئ للشيخ أبي الحسن على بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغياني ط المكتبة الإسلامية بيروت ١١٦/٣، أحكام القرآن ١٥١/٤ – المغني ١٩٣/١٠، فتح القدير ٣٦٧/٧، إعانة الطالبين ١٤٧/٤.

(٤) المغني ١٥٤/١٠.

(٥) د. مبروك عبد العظيم: الإفادة فى موانع قبول الشهادة ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٥ ، ص٢٢.

مسلم فى صحيحه عن على ابن أبى طالب -كرم الله وجهه- أن النبى ﷺ قال : " لعن الله من أحدث حدثاً أو ادى محدثاً".
وقيل فى عقوبته إحضاره أو الإعلام عن مكانه ، فإن امتنع يعاقب بالحبس والضرب مرة بعد مرة ، حتى يمكن من الجانى الهارب[1].

ومن ذلك العلم بمكان الرجل المطلوب فى حق من الحقوق فيجب عليه الإعلام عن مكانه، فإن تستر عليه يعتبر كاتماً للشهادة والله عز وجل قال : ﴿وَلاَ تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾[2] . فيستحق التعزير لأنه امتنع عن حق وجب عليه .

المطلب الخامس
الامتناع عن البيع "الاحتكار"

تعريف الاحتكار :

إن الاحتكار فى عرف الشريعة الإسلامية هو الامتناع عن بيع السلع ليقل عرضها الظاهر فى الأسواق حتى ترتفع أثمانها فيبيعها المحتكر بالثمن الذى يفرضه دون نظر إلى حالة المشترى من عجز أو اقتدار .

وتسمى هذه العملية فى العصر الحديث (بالسوق السوداء) وإنها لتسمية مناسبة فهى سوداء على المشترى لاضطراره إلى رفع الأرباح التى لا توازى أرباح السلع فى العادة ، وسوداء على البائع لأنها تجلب عليه مقت الله وغضب الناس، وقد تذهب بماله كله حين يضطر ولى الأمر إلى مصادرة ماله عقاباً له على جنايته على المجتمع بإشاعة الذعر والإزعاج بإبهامه المشترى بتوهم فقدان السلع فى الأسواق، ولابتزاز أموال الناس بالربح غير المشروع، وهى تعطى فرصة لسرقة هذه السلع أو إتلافها[3] . وقد روى أن علياً كرم الله وجهه أمر بإحراق طعام محتكر [4] .

والاحتكار نشاط غير مشروع يقوم به فرد فاسد فى المجتمع لو ترك لعم الفساد فى المجتمع ، فهو لا يبالى بمصلحة المجتمع ما دام فعله محققاً لمصلحته وطمعه وأنانيته ، ومن أجل هذا فقد عمل الإسلام على منعه بعدة وسائل منها :

الوسيلة الأولى : تحريم الإسلام للاحتكار ولعن فاعله :

فقد روى عن النبى (ﷺ) أنه قال : (من احتكر حكرة يريد أن يغلى بها على المسلمين فهو عاص)[5]. كما ورد عنه (ﷺ) أنه قال : (بئس العبد المحتكر إن سمع برخص ساء وإن سمع بغلاء فرح). وقال أيضاً (ﷺ) (من احتكر الطعام أربعين يوماً برئ من الله وبرئ الله منه) [6].

الوسيلة الثانية : الترغيب والترهيب[7] :

فلقد رغب الإسلام فى التصريف السريع للسلع تيسيراً على المحتاجين واقتناعاً بما تيسر من الربح وتضحيته فى سبيل مصلحة الجماعة واعتبره تعبداً ، فقد ثبت عن سيدنا رسول الله (ﷺ) أنه قال (من جلب طعاماً فباع بسعر يومه فكأنما تصدق به).

وقد روى حجة الإسلام الإمام الغزالى فى كتابه إحياء علوم الدين عن بعض السلف " أن تاجراً كان بواسط فجهز سفينة حنطة إلى البصرة وكتب إلى وكيله : بع هذا الطعام يوم يدخل البصرة ولا تؤخره إلى غد. فوافق سعة فى السعر فقال

---

(1) د. عبد العزيز عامر: المرجع السابق، ص٢٢٢ .
(2) سورة البقرة ، الآية ٢٨٣ .
(3) د. رمضان الشرنباصى: حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى ، ص ٣٤.
(4) معالم القربة فى أحكام الحسبة ، الهيئة العامة للكتاب سنة ١٩٧٦ ، ص ١٢٢.
(5) أنظر مسند أحمد ، ومسند أبى هريرة .
(6) أنظر فهرس مستدرك الحاكم ، كتاب البيوع .
(7) د. رمضان الشرنباصى: المرجع السابق ، ص ٣٥-٣٦.

له التجار : " لو أخرته جمعة ربحت فيه أضعافه فأخره جمعة فربح فيه أمثاله. وكتب إلى صاحبه بذلك فكتب إليه صاحب الطعام " يا هذا إنا كنا قنعنا بربح يسير مع سلامة ديننا، وإنك قد خالفت، وما نحب أن نربح أضعافاً بذهاب شيء من الدين، فقد جنيت علينا جناية، فإذا أتاك كتابي هذا فخذ المال كله فتصدق به على فقراء البصرة، وليتني أنجو من إثم الاحتكار كفافاً لا عليّ ولا لي " وقد كان السلف يتحينون ظروف الشدة ويوزعون ما عسى أن يكون قد تجمع لديهم من أقوات، إسهاماً منهم في تفريج الأزمات وابتغاء جزاء الله ومثوبته.

وقد رغب الإسلام التجار في التمسك بالصدق والأمانة، وإن هم فعلوا ذلك وصلوا إلى مرتبة المعية للأنبياء والصديقين والشهداء . وفي هذا يقول رسول الرحمة ﷺ "التاجر الصدوق مع النبيين والصديقين والشهداء"، وفي رواية ابن ماجة " التاجر الأمين الصدوق المسلم مع الشهداء يوم القيامة "، وعن أنس رضي الله عنه قال : " قال رسول الله ﷺ "التاجر الصدوق تحت ظل العرش يوم القيامة".

وعالج الإسلام الاحتكار بالترهيب ووعيد من يفعل هذا بالعقاب في الدنيا والآخرة ، كما جاء في الحديث " من احتكر طعاماً فهو خاطئ"[1] رواه مسلم، وصح عنه أيضاً " من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس"[2] رواه ابن ماجه .

الوسيلة الثالثة : إتباع سياسة التسعير :

يقول ابن القيم[3] " على ولي الأمر أن يُكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه، وأنه لا يجوز أن يمتنع أرباب السلع عن بيعها مع حاجة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب بيعها بقيمة المثل".

ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، والتسعير هنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به .

ويقول أيضاً في موطن آخر في تلك المناسبة " لولي الأمر أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند الضرورة وحاجة الناس إليه، مثل من عنده طعام ولا يحتاج إليه والناس في محنة، أو على سلاح لا يحتاج إليه والناس يحتاجون إليه للجهاد، أو غير ذلك، فإن من اضطر إلى طعام غيره أخذه منه بغير احتكار بقيمة المثل، ولو امتنع عن بيعه إلا بأكثر من سعره فأخذه منه بما طلب لم تجب عليه إلا قيمة المثل ".

أدلة عدم مشروعية الاحتكار :

إن الاحتكار حرام شرعاً والأدلة على تحريمه كثيرة منها :

١ - الدليل من القرآن :

قوله تعالى ﴿وَمَن يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍ بِظُلْمٍ نُذِقْهُ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ﴾[4] . ووجه الدلالة من الآية على تحريم الاحتكار أن الظلم منهي عنه لما يترتب عليه من العذاب الأليم ولا يكون هذا إلا عن فعل محرم فيكون الاحتكار محرماً[5].

٢ - الدليل من السنة :

وردت أحاديث كثيرة رويت عن الرسول ﷺ تدل على تحريم الاحتكار منها : قوله ﷺ " لا يحتكر إلا خاطئ" . رواه مسلم، وقوله ﷺ فيما رواه أبو هريره عنه " من احتكر يريد أن يغالي بها المسلمين فهو خاطئ وقد برئت منه ذمة الله".

---

(1) فهرس مسلم ، حديث رقم ١٦٠٥ ، كتاب المساقاة .
(2) فهرس ابن ماجه ، حديث رقم ٢١٥٥ ، كتاب التجارات .
(3) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٣٤٣.
(4) سورة الحج ، الآية ٢٥.
(5) د. رمضان الشرنباصي: المرجع السابق ، ص ٤٣.

ولما رواه سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : " من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس" رواه ابن ماجه.

وروى ابن عمر رضى الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ : " من احتكر طعاماً أربعين يوماً فقد برئ من الله وبرئ الله منه" وقيل كأنه قتل نفساً.

ووجه الدلالة من هذه النصوص على تحريم الاحتكار أنها صرحت بأن المحتكر خاطئ ، وهذا كاف فى إفادة عدم الجواز ، لأن الخاطئ هو المذنب العاصى[1].

حكمة الإسلام فى تحريم الاحتكار ؟

إن الحكمة من وراء هذا التحريم هى دفع الضرر عن عامة الناس وهذا مقصود الشارع فى الخلق ، لأن حبس السلع وغلاءها يؤديان إلى إلحاق كثير من المشاق، والضرر بالخلائق مرفوع ومحظور حيث يقول المعصوم صلوات الله وسلامه عليه "لا ضرر ولا ضرار" كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره أجبر على بيعة دفعاً للضرر عن الناس، ويشير إلى هذا العلامة ابن حجر الهيثمى فيقول "أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه يجبر على بيعه دفعاً للضر عنهم".

فيم يكون الاحتكار:

اختلف الفقهاء فيم يكون الاحتكار وهل تحريمه عام بالنسبة لجميع السلع أم هو خاص بالأقوات فقط دون غيرها .

فقالت الشافعية إن الاحتكار المحظور الممنوع هو الذى يكون فى قوت بنى آدم مطلقاً. وألحقت الهادوية به قوت البهائم قياساً على قوت الآدميين وحجتهم فى ذلك هى الروايات المقيدة والتى خصت الاحتكار بالأقوات والطعام فقط. ومنها على سبيل المثال ما رواه عمر بن الخطاب ، سمعت رسول ﷺ يقول : "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس" .

مناقشة هذا الرأى :

ويقال لهؤلاء : بأنه لا تعارض بين الروايات المقيدة والروايات المطلقة كقوله ﷺ : "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون" .

والواجب إعمال الأحاديث كلها ويبقى المطلق على إطلاقه والمقيد من جملة أفراده ثم إنه تخصيص بلا دليل عليه وترجيح بلا مرجح. وقال آخرون من الفقهاء إن الاحتكار ممنوع مطلقاً سواء أكان فى الأقوات أم فى غيرها فهو عام فى كل ما تمس إليه الحاجة وتدعو إليه الضرورة، ويقول الإمام أبو يوسف "كل ما أضر بالناس حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو ثياباً". لأن المقصود من تحريم الاحتكار هو منع الضرر عن الناس وذاك شامل للأقوات وللثياب وغير ذلك من السلع لأن حاجات الناس مختلفة والاحتكار فيها يجعل الناس فى ضيق، وذاك هو الرأى الراجح لوجاهة دليله وضعف الأول لما ورد عليه من مناقشة[2] .

شروط تحريم الاحتكار:

وقد قال العلماء لكى يحرم الاحتكار لابد من توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يكون فاضلاً عن كفايته ومن يمونه سنة كاملة لما ثبت من طرق عدة أن النبى ﷺ كان يحبس لأهله قوت سنتهم وأنه كان يعطى كل واحدة من نسائه مائة وسق من خيبر.

---

(1) نيل الأوطار للشوكانى ، جـ٥ ، ص ٢٤٩.
(2) انظر البحر الزخار جـ٣ ص٣١٩.

الشرط الثاني: أن يكون متربصاً به الغلاء. لما روى عن ابن عمر بلفظ (يريد به الغلاء) ولما روى فى حديث أبى هريرة "من احتكر يريد أن يغالى بها المسلمين" وقد تقدم.

ولما رواه أحمد بن حنبل عن معقل بن يسار مرفوعاً بلفظ "من دخل فى شىء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقاً على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة".

الشرط الثالث: أن يكون الناس فى حاجة إليه لأنه يلحقهم الضرر[1].

---

(1) انظر الروض النضير جـ٣ ص ٥٨٧ .

خاتمة

سبق لي الحديث بمقدمة البحث أن ذكرت أن هناك من الباحثين قد سبقوا بدراسات عديدة في تصور لنظرية الامتناع ، الأمر الذى دفعنى إلى أن أبدأ من حيث أنتهى الآخرون ، لذا فقد آليت على نفسى أن أضيف إليهم بعض الآراء والمفاهيم الفقهية من مفهوم مختلط للامتناع ، ويقابله المفهوم الشرعى المبنى على وحدة السلوك فى الجريمة لا فرق بين السلوك الإيجابى والسلبى، وكذا علاقة السببية فى جرائم الامتناع عالجت فى ضوءها إشكاليات لجرائم الامتناع المستحدثة والتى فرضها الواقع من سلوكيات مستحدثة على المجتمع .. شأن الامتناع ومبدأ الشرعية والذى رأيت لزاماً على أن أتناول بالتحليل النظرى لمبادئ نظرية التعزير فى الشريعة الإسلامية ووجوب اتخاذها نظرية عامة تحكم جرائم الامتناع .. وإشكالية الامتناع وتفسير القاعدة الجنائية .. وإشكالية الامتناع وتعدد الجرائم .. وإشكالية الامتناع والجريمة متعدية القصد . وأما فى مقام تطبيقات جرائم الامتناع فثمة جرائم لم تحظ بالاهتمام من بعض الباحثين ربما لأن البعض منها مستحدثاً فقد عالجت جريمة الامتناع عن المساعدة الطبية والعلاجية وجريمة الامتناع عن المساعدة البحرية وجريمة الامتناع فى قانون مكافحة غسيل الأموال، وجريمة الامتناع عن التصويت فى الجرائم الانتخابية وفى الشريعة الإسلامية تعرضت لجرائم الامتناع عن البيع، والامتناع عن الشهادة، والامتناع عن رد المغصوب، وهذا بالإضافة إلى ما تناوله البحث من موضوعات أخرى . وسوف نعرض النتائج والتوصيات فى ضوء ما سبق على النحو التالى .

أولاً: النتائج :

الآن وبعد أن انتهينا من دراسة النظرية العامة للامتناع فى الشريعة الإسلامية والقانون الجنائى الوضعى ، وحاولنا بحث الجوانب المختلفة وبيان مواطن الاتفاق والخلاف، واستعراض الآراء الفقهية فى كل مسألة على حدة فى إطار النظرية العامة للامتناع ، من ثم كان لزاماً علينا بيان نتائج البحث وهى كما يلى :

- شريعتنا الغراء تمتاز بالسمو والكمال لأنها من عند أحكم الحاكمين الذى خلق الإنسان ويعلم ما توسوس به نفسه وهو أقرب إليه من حبل الوريد ، والفرق بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجنائية المعاصرة أن هذه التشريعات تنتهج أسلوب البيان الحصرى للجرائم والعقوبات، بعكس الشريعة الإسلامية التى هو موجهة إلى كل المجتمعات الإسلامية على اختلاف عصورها وأماكنها –وذلك بقصر النصوص على ما يتعين تجريمه فى جميع العصور والأماكن– وترك ماعدا ذلك لكل مجتمع على حدة، ليخضع لنظرية التعزير وفقاً للضوابط التى بيناها عند التعرض لنظرية التعزير وجرائم الامتناع.
- وباستعراض نظرة الشريعة الإسلامية لجرائم الامتناع نجد أن نظرتها أشمل لجرائم الامتناع. فبداية السلوك واحد فى الشريعة الإسلامية لا يتجزأ، فوحدة السلوك فى الشريعة من أهم المبادئ والقواعد الأساسية، فلا فرق بين سلوك إيجابى أو سلبى طالما قد نتج عنه إثم ، أو محظورات شرعية .
- كما أن مفهوم الامتناع فى الشريعة أوسع وأشمل من مفهوم القانون الوضعى، ويتسع ليشمل المفهوم المختلط للامتناع – كما رأينا- وتطبيقات قاعدة الترك كالفعل دليل على ذلك .
- وأيضاً الواجب فى الشريعة أوسع من الواجب فى القانون الوضعى وتميزت الشريعة بأن درجة تحريم الواجب تتفاوت بحسب المصلحة المحمية شرعاً. فالامتناع يدور مع المصلحة قوةً وضعفاً. وهذا يعطى مرونة كبيرة عند الصياغة التشريعية وبالاعتداد بالمصالح وتقديم الأقوى على غيره، ومن ثم ينقسم الواجب إلى عدة تقسيمات وفقاً للمصالح المعتبرة .

بينما فى القانون الوضعى فإن الواجب يستمد قوته من النص فقط ، فتتفاوت درجة الإلزام به حسب قوة مصدره، سواء كان قانوناً جنائياً أو مدنياً أو تجارياً ... الخ .

- ولقد عالجت الشريعة الإسلامية الصفة الإرادية للامتناع، فنطاق الجرائم العمدية فى الشريعة أوسع منه فى القوانين الوضعية، حيث اهتمت القوانين الوضعية بالجرائم غير العمدية على حساب الجرائم العمدية وهذا ما تبين من أحكام القضاء المصرى والذى تردد كثيراً فى الاعتراف بالجرائم العمدية، وذلك بذات القواعد العامة من حيث الإدراك والاختيار وهما نطاق وجود المسئولية من عدمه، ويتماثلان مع عنصرى العلم والإرادة فى القانون الوضعى، مع التأكيد على أن ينسحب عنصر العلم إلى العلم بالواجب القانونى المحجم عنه والعلم باستطاعة إتيان هذا الواجب، والعلم بالوقائع التى نشأ عنها هذا الواجب .
- ولقد وضعت الشريعة الإسلامية معياراً لتوافر القصد الجنائى من عدمه ، ببيان الآلة أو الوسيلة المستعملة فى ارتكاب الجريمة، وكذا معيار الزمن الذى يستغرقه الامتناع فى الجرائم العمدية خاصة جرائم القتل بالتجويع والتعطيش .
- وفيما يتعلق بسبق الإصرار فقد تميزت الشريعة بالموضوعية التامة، إذ اعتدت فقط بالقصد المصاحب أو السابق للسلوك الإجرامى سواء بالإيجاب أو بالامتناع وذلك بعكس القانون الوضعى الذى جعلته ظرفاً مشدداً فى العقاب .
- وفيما يتعلق بعلاقة السببية فقد إجماع الفقهاء فى الشريعة على أن الترك الذى يسبب محظورات شرعية يستحق عقوبة ، والخلاف بينهم منحصر فى شأن العقوبة لا فى شأن التجريم، هلى تنسب إلى جرائم القصاص والحد أم إلى جرائم التعزير ... وجدير بالذكر أن الفقه الأمانى يقترب من المذهب المالكى والظاهرى وإن كان دونهما لأنه اعتبر الترك جريمة إذا كان تركاً لواجب قانونى مفترض بينما المذاهب الفقهية لا تفرق بين واجب قانونى أو دينى طالما أحدث محظورات شرعية.

بينما فى القوانين الوضعية البحث عن علاقة السببية أمر لم يتقرر إلا حديثا، وفى بعض النصوص المتناثرة، بل هناك تفرقة فى صلاحية الامتناع فى إحداث نتائج غير عمدية وعدم صلاحيتها فى الجرائم العمدية، وأن النصوص الخاصة بالجرائم العمدية محدودة وتتسم عبارتها بعدم المرونة والاتساع .

- وفيما يتعلق بمشكلات الامتناع القانونية ومناظرتها بالشريعة الإسلامية، فكانت للشريعة الإسلامية قواعد عامة تطبق على الفعل أو الترك طالما تسببا فى إحداث محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير .
- وفيما يتعلق بمبدأ الشرعية نجد الشريعة توسعت فى تطبيق مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" فى جرائم التعزير مقارنة بجرائم الحدود والقصاص والدية، ولأن المصلحة العامة تقتضى ذلك التوسع وقد رأينا كيف وقفت الشريعة الإسلامية بين هذا المبدأ وتطبيقه على جرائم الامتناع وفقاً للمبادئ العامة لنظرية التعزير .

بينما ذلك لا يتوافر فى القوانين الوضعية التى تعتمد على البيان الحصرى للجرائم أولاً ثم وضع العقوبات ومن ثم إذا كانت الجريمة الواقعة خارج نص التجريم فلا تجريم .

- وفيما يتعلق بالتفسير، نجد أن عدم وجود نص عام لجرائم الامتناع، واعتبار النص الجنائى هو المصدر الرئيسى للواجب، والاعتماد عليه فى التفرقة بين الجرائم المجردة والجرائم ذات النتيجة، إضافة إلى تطبيق قاعدة التفسير الضيق للنصوص الجنائية التزاماً بمبدأ الشرعية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" فضلاً عن الخلل فى الصياغة التشريعية لنصوص الجرائم العمدية التى تتسم بعدم المرونة ، بينما تتسم النصوص فى الجرائم غير العمدية بالاتساع والمرونة باعتبار أن الإهمال وعدم الإضرار يمكن أن يكونا على السواء امتناعاً أو فعلاً إيجابياً . بينما نجد أن تطبيق نظرية التعزير يعالج أوجه القصور فى جرائم الامتناع، وذلك لاعتمادها على النتائج والاعتداد بها وتجريم ما يؤدى إليها، فضلاً عن تعيين العقوبات وترك سلطة اختيار واسعة للقاضى الجنائى فى اختيار ما يراه مناسباً ملائماً لإنزال العقاب، ملتزماً بالضوابط والقواعد الشرعية فى ذلك الشأن.
- وفيما يتعلق بالمساهمة، فقد رأينا الإمام مالك أجاب على جواز الاشتراك فى جريمة القتل بطريق الامتناع إذا كانت هذه الجريمة نتيجة تمالؤ (وهو الاتفاق والإعداد المسبق بين الشركاء) وهذه هى نظرية الإمام مالك فى الشريك المتسبب على الإطلاق، سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحريض أو الإعانة، والفقه الألمانى يقترب من هذه النظرية فى الاعتداد للامتناع بإحداث نتائج إجرامية، واشتراطه لشرطين: أولهما ، وجود واجب قانونى . وثانيهما ، الحيلولة دون إحداث

النتيجة .

وقد أخذ بهذا الرأى بعض التشريعات العربية مثل المادة ٢٢ من قانون العقوبات البحرينى التى تنص على " إذا ارتكبت الجريمة بطريق الامتناع ممن أوجب عليه القانون أو الاتفاق أداء ما امتنع عنه عوقب عليها كأنها وقعت بفعله ".

- وفيما يتعلق بالشروع ، نجد القاعدة فى الشريعة تقضى بأن الشروع فى الجرائم لا يعاقب عليه بقصاص أو بحد وإنما يعاقب عليه بالتعزير أياً كان نوع الجريمة، ويترتب على ذلك أن كل شروع فى فعل محرم يعد معصية فى حد ذاته، أى جريمة تامة باعتبار أن كل ما يؤدى إلى الحرام فهو حرام . فضلاً عن أن مرحلتى التفكير والتصميم على الجريمة لا عقاب عليهما إلا إذا خرجا إلى حيز التنفيذ، لأن مجال القضاء هو الإثبات، ويترتب على ذلك أن نظرية التعزير فى الشريعة أوسع بكثير من نظرية الشروع فى القوانين الوضعية .

وفى القوانين الوضعية نجد عدم إمكانية تصور الشروع فى جرائم الامتناع ذات السلوك المجرد ، وإمكانية تصوره فى الجرائم ذات النتيجة، ومعيار ذلك البدء فى التنفيذ، إلا أن التنفيذ خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها .

- وفيما يتعلق بالدفاع الشرعى ، رأينا صلاحية الدفاع الشرعى بالامتناع فى الشريعة الإسلامية، لأن الفقه الإسلامى لم يعط للدفاع الشرعى حكماً واحداً، وإنما جعل له من المرونة ما يناسب موضوع الاعتداء وظروف وملابسات الاعتداء، وهذا ما جعل الفقهاء يقسمونه إلى نوعين عام وخاص.

بينما فى القانون الوضعى نجد أن محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها تشترط فعلاً إيجابياً لقيام حالة الدفاع الشرعى، وقد أثبتنا فى بحثنا إمكانية تصور الدفاع بالامتناع، فمثلما يمكن وقوع الاعتداء بفعل سلبى يمكن أيضاً الاعتداء أو الدفاع بفعل سلبى.

- وفيما يتعلق بتعدد الجرائم فى الشريعة الإسلامية ليس هناك ما يمنع من تعدد العقوبات بتعدد الجرائم كأصل عام، إلا أنه مقيد بقيدين أولهما تداخل العقوبات ، وثانيهما جب العقوبات. وفى القانون الوضعى تعدد العقوبات بتعدد الجرائم كأصل عام ولا يقيده سوى قيدين هما جب العقوبات ، وثانيهما عدم تجاوز العقوبات السالبة حداً أقصى نص عليه القانون. وإذا تعددت الجرائم صورياً أو مادياً وكان بينهما ارتباطاً لا يقبل التجزئة فيعاقب الجانى على الجريمة الأشد، وهو ما يماثل نظرية التداخل فى الشريعة الإسلامية. وانتهينا إلى أنه ليس هناك ما يمنع من تعدد لجرائم الامتناع.
- وفيما يتعلق بالجريمة المتعدية القصد، فتعرض لها فقهاء الشريعة الإسلامية عند الحديث عن الجنايات على النفس، وهى تماثل القتل شبه العمد فى جريمة الاعتداء على النفس المفضى إلى الموت. غير أن الإمام مالك لا يعترف بما يسمى بالقتل شبه العمد، فالقتل عنده إما عمداً أو خطأ على خلاف جمهور الفقهاء الذين يقسمون القتل إلى عمد، وشبه عمد ، وخطأ.

وفى القانون الوضعى فاهتمت التشريعات الوضعية بجريمة المتعدية القصد كما هو الحال فى جريمة الضرب المفضى إلى موت، أو إعطاء المواد الضارة التى تؤدى إلى الوفاة، ويلاحظ أن تعبير القتل شبه العمد أشمل وأوسع من تعبير الضرب المفضى إلى موت . وقد رأينا أنه من المتصور ارتكاب الجريمة متعدية القصد بالامتناع متى اتجهت إرادة الممتنع إلى تحقيق النتيجة الأقل ولكن امتناعه كان من شأنه إحداث النتيجة الأشد .

- وقد تعرضنا لمشكلة الإضراب باعتبارها نموذجاً من جرائم الامتناع الجماعية ، حيث إنه فى نظر القانون الوضعى هو أحد الحريات العامة التى كفلها الدستور باعتباره سلاحاً فى أيدى الطبقة العاملة للمطالبة بحقوقها فى مواجهة أصحاب الأعمال.

بينما ترى الشريعة الإسلامية أن العمل واجب، والامتناع عنه امتناع عن واجب، وهناك فرق بين الحق والواجب . وقد نهى الشارع عن الإضراب فى العمل، ونظم قواعد بدلاً عنه حصول كل طرف على حقوقه دون إحداث ضرر عام .

ثانياً: التوصيات :

بعد استعراض بحثنا المتقدم ونتائجه نستطيع القول أنه لا فرق بين جرائم الامتناع والجرائم الإيجابية، بل ينبغى أن

تحظى بذات الاهتمام من التقنين والتشريع، ومن ثم فإننا نوضح ما يلى :

١- أن مصطلح السلوك ينبغى أن يتسع فى الفقه والقضاء ليشمل الفعل الإيجابى والسلبى على السواء . فالسلوك وحدة واحدة لا تتجزأ، فالسلوك السلبى المجرم فى نظر القانون هو الذى يحدث آثاراً ضارة بالمصلحة المحمية قانونا، أى أنه مغاير لواجب قانونى أو تعاقدى فى ظروف وملابسات معينة رآها المشرع، إلا أنه اتخذ موقفاً سلبياً لذلك. ومن ثم كان رأينا فى الأخذ بالمفهوم المختلط لجرائم الامتناع لأن هناك ارتباطاً بين الامتناع وفكرة التجريم ، هذا الارتباط قائم على أن الامتناع بوصفه سلوكاً لا يتجرد من الإرادة، شأنه فى ذلك شأن الفعل الإيجابى كما فى نص م ٨٤ من قانون العقوبات التى تعاقب كل من علم بارتكاب جريمة ماسة بأمن الدولة ولم يبلغ عنها السلطات، والامتناع يقتضى أيضاً سبق الالتزام بعمل استناداً إلى قاعدة توجب إتيان هذا الفعل .

ومما يؤكد ذلك أن التفرقة بين عنصرى السلوك الإيجابى والسلبى تنشئ تصادماً مع جوهر النظام العام فى المجتمع مما يؤدى إلى خلق ثغرات فى النصوص التشريعية يستفيد منها الخارجون على القانون، بحجة أن النص التجريمى لم يشمل الفعل السلبى، مع أن مفهوم النص يجرم النتيجة أولاً، وفى سبيل ذلك جرم الفعل ثانياً بداية، مما يُحتم على المشرع فى مجال التجريم عدم التفريق بين عنصرى السلوك الواحد (الإيجابى والسلبى) طالما أحدثا نتيجة إجرامية أو محظورات شرعية .

ولعلنا نلمس بداية ذلك الخلل التشريعى فى الصياغة فى الباب الأول من قانون العقوبات، حيث تنص م١ " تسرى أحكام هذا القانون على كل من يرتكب فى القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه".

فقد حدد المشرع نطاق سريان أحكام هذا القانون على من يرتكب جريمة ، ولفظ جريمة يتسع ليشمل الفعل الإيجابى أو السلبى على السواء طالما ترتب على أثرهما جريمة.

ثم يأتى فى الفقرة الأولى من المادة الثانية من ذات الباب بصياغة تتسم بالجمود وعدم المرونة وذلك بعبارة " كل من ارتكب فى خارج القطر فعلاً يجعله فاعلاً أو شريكاً فى جريمة وقعت كلها أو بعضها فى القطر المصرى" .

فاستخدام لفظ الفعل بدلاً من الجريمة، وكان من الأحرى أن يسير على نفس المنوال ، وهو كل من ارتكب جريمة وبديهى أن كل مرتكب جريمة إما يكون فاعلاً لها أو شريكاً فيها" .

وأيضاً نص المادة (٣) " كل مصرى ارتكب وهو خارج القطر فعلاً يعتبر جناية أو جنحة".

فيجب استخدام كلمة جريمة بدلاً من الفعل، لأن ذلك ما سارت عليه نظرية التعزير فى التشريع الإسلامى التى تهتم بتجريم الوقائع والنتائج الضارة، ومن يؤدى إلى إحداثها فهو فى نطاق التجريم . بينما المشرع الوضعى يهتم بتجريم الأفعال وتارة بتجريدها، مما يجعل النص التجريمى يتسم بالجمود .

ثم يأتى المشرع فى م٤ بالجمع بين الكلمتين على السواء فيقول " لا تقام الدعوى العمومية على مرتكب جريمة أو فعل فى الخارج إلا من النيابة العمومية". فكان الأحرى أن يكون النص " لا تقام الدعوى العمومية على مرتكب جريمة فى الخارج إلا من النيابة العمومية". فيحذف "الفعل" ولفظ الجريمة يغنى عنه .

٢- هذا الامتناع يكتسب أهميته القانونية من كونه قوة تسببية أدت إلى حدوث آثار ضارة بمصالح محل الحماية الجنائية، وهذا يُلزم الإقرار بصلاحية السلوك السلبى - أو الامتناع - فى إحداث نتائج ضارة فى الجرائم السلبية سواء ذات النتيجة أو المجردة، وذلك بنص صريح يعترف فيه المشرع بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية، وبمسئولية الممتنع عن تلك النتيجة كما لو كان قد أحدثها بفعله الإيجابى، ويعتد بذلك بالقصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى ، ولعل غياب هذا النص هو الذى جعل القضاء المصرى يسير على نفس اتجاه القضاء الفرنسى بالاعتراف بجرائم الامتناع ذات النتيجة غير العمدية وعدم الاعتراف بجرائم الامتناع ذات النتيجة العمدية.

فالمشرع اتخذ موقفاً صريحاً فى نص المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ فاعتد ببعض صور الخطأ غير العمدى الذى يصلح لأن يكون سبباً فى فعل الغير أو إيذاء بمجرد الإهمال أو عدم الإضرار وعدم مراعاة اللوائح والقوانين، بيد أن الصعوبة فى

نصوص الجرائم العمدية التى جاءت خالية من جرائم الامتناع باستثناء الجرائم السلبية المجردة .

هذا وقد أفردنا فى بحثنا عند التعرض لسببية الامتناع نظرية السببية والامتناع، ومحورها أن السلوك السلبى له وجود وكيان مكون من ثلاثة عناصر : الإحجام عن فعل إيجابى، وواجب قانونى ملزم ، والصفة الإرادية للممتنع. ونأخذ فى الاعتبار النتيجة الإجرامية فى مدلولها القانونى باعتبارها اعتداء على مصلحة أو حق محل حماية جنائية . إضافة إلى أن الواجب القانونى له شقان : أولهما ، واجب إتيان فعل ما مصدره نص عقابى أو غير عقابى، وثانيهما ، واجب الحيلولة دون حدوث نتيجة ، وهو الركن الشرعى للجريمة . كما ينبغى استقلال علاقة السببية بذاتها عن أى عنصر من عناصر الامتناع لأنها كيان مستقل ومتميز مثلما الحال فى الجرائم الإيجابية .

وفيما يتعلق بمشكلة صعوبة إثبات القصد الجنائى فى حق الممتنع المتعمد ، فيمكن القول بأنه يكفى لتحقق القصد الجنائى فى جرائم الامتناع العمدية علم الممتنع بالخطر الذى يتعرض له الشخص المطلوب إغاثته أو مساعدته، مع استطاعته إغاثته، وبعبارة أخرى يُنظر إلى سلوك الممتنع: هل لو باشره وفق المجرى العادى للأمور كانت ستحقق النتيجة وفقاً لمدلولها القانونى من عدمه ؟

فإذا ترتب على الامتناع النتيجة فإنه يُسأل عن جريمة عمدية وتطبيق معيار لولا الامتناع لما تحققت النتيجة ، وإذا لم ترتب فإنه يُسأل عن جريمة امتناع مجردة .

لذا نقترح إضافة نص م ٢/٢٣ لسنة ١٩٦٦ من مشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة والذى نقل عن نص م ٢/٤٠ من قانون العقوبات الإيطالى الذى ينص على أنه " إذا ارتكبت الجريمة العمدية بطريق الامتناع ممن أوجب عليه القانون أو الاتفاق أداء ما امتنع عنه عوقب عليها كأنها وقعت بفعله" .

وذلك بعد نص م ٤٣ من قانون العقوبات الحالى من الباب الرابع الخاص بالمساهمة الجنائية .

وهذه النصوص تسوى بين الجريمة الإيجابية والسلبية وتغلق الباب أمام منكرى سببية الامتناع .

٣- نطالب المشرع عند تحديده للعقوبات المساواة بين الجرائم الإيجابية والسلبية على السواء، إذ لا داعى للتفرقة بينهما طالما أن السلوك واحد أدى إلى إحداث نتائج ضارة، وتشدد العقوبات عن قيام التعدد فى جرائم الامتناع مثل جرائم القتل أو الإيذاء الخطأ والنكول عن مساعدة شخص فى خطر.

٤- ما سبق هو محاولة تنظيم السلوك السلبى فى القسم العام من قانون العقوبات، وفيما يتعلق بالقسم الخاص نطالبه بتحديد صور الامتناع المُجرم، مثل جرائم القتل بالامتناع أو التزوير بالامتناع، أو مثلما الحال فى بعض الجنح مثل جرائم إخفاء المسروقات بالامتناع عن رد المسروق ، ومثلما الحال فى الامتناع عن الإدلاء بالشهادة .

٥- ونطالب المشرع بالمرونة عند الصياغة التشريعية مثلما الحال فى نظرية التعزير، وذلك بأن يعطى للقاضى ذات السلطات الواسعة فى نظرية التعزير . فمن الجائز شرعاً أن يخول القاضى - فى نطاق معين - سلطة تحديد الفعل الذى يستوجب التعزير بشرط أن يكون هذا الفعل معصية . والمعصية بطبيعة الحال قد تكون فى فعل إيجابى فتكون إخلالاً بنهى ، وقد تكون فى فعل سلبى (أو امتناع) فتكون امتناعاً عن أمر. والشرط الثانى أن يكون هذا الفعل صالحاً للإثبات، وأيضاً تخويله سلطة تقديرية لتحديد العقوبة، مثلما هو متبع فى السياسة التشريعية الحديثة، فتوضع العقوبة بين حد أدنى وأقصى، وأيضاً تقرير ظروف مخففة أو مشددة وتخويل القاضى سلطة إيقاف التنفيذ، وتخويل القاضى سلطة القياس على نصوص التجريم مثلما الحال فى القياس بتجريم الأم التى تمتنع عن إرضاع وليدها فى نص تجريم القتل، وعلة ذلك فى رأينا أن النصوص تتناهى ومصالح العباد لا تتناهى، والشاهد على ذلك التطور الرهيب فى الحياة تكنولوجياً واقتصادياً واجتماعياً وتعقد الحياة، مما أدى إلى مستحدثات على سلوكيات المجتمع أفرزت عن التحاليل من قبل الخارجين عن القانون على نصوص التجريم .

٦- مناشدة الفقه أن يولى جرائم الامتناع أهمية أكبر مثلما الحال فى الجرائم الإيجابية، وإفراد ذلك فى الأبحاث والمؤلفات، وهذا ما يقتضيه التطور العصرى ، فالقانون هو مظهر حضارى للبلد . والتطور السريع فى كافة مجالات الحياة اقتصادياً وصناعياً وتكنولوجياً ... الخ، يستتبع بالتبعية أن يلاحق المشرع الوضعى هذا التطور، خاصة مع ظهور جرائم امتناع شديدة الخطورة، وانتشار السلبية بوجه عام، مما يؤدى إلى أضرار بالغة على الأمن العام بمفهومه الواسع. كما يجب على الفقه مساعدة القاضى بتحليل الأحكام المستمدة من القضاء الوطنى أو الأجنبى، ودراسة الفقه المقارن، مع محاولة تقنين الشريعة الإسلامية لأن فيها ما يجده كل فقيه وكل قاض مهما تغيرت الأزمنة والأمكنة .

وآن الأوان لأن نستظل بأحكام الشريعة الإسلامية بعدما انتشرت الجريمة بصورة لم يسبق لها مثيل، بعدما تعقدت أمور الحياة وتشابكت مع اللامبالاة والسلبية التى أصبحت ظاهرة عامة فى سلوك العامة، إضافة إلى ضعف وقصور النصوص الوضعية .

وأخيراً ، فإن الكمال لله وحده وهذا جهدى قدر ما استطعت ولم آلُ، وإن كان هناك توفيق فمن الله عز وجل مصداقاً لقوله تعالى:﴿ إِنْ أُرِيدُ إِلاَّ الإِصْلاَحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلاَّ بِاللّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾[1] . وأما النقص من خطأ أو نسيان فعذرى أن هذا من طبائع البشر وعقيدتى أن للمجتهد المصيب أجرين ، وللمخطئ أجران .

وفى هذا الشأن استعير كلمات العماد الأصفهانى :

إنى رأيت أن لا يكتب إنسان كتاباً فى يومه ، إلا قال فى غده :

لو غُيِّر هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ،

ولو قُدم ذاك فكان أفضل، ولو ترك ذلك لكان أجمل ،

وهذا من أعظم العبر،

وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر.

فإن أكن قد أصبت فمن الله ، وإن أكن قد أخطأت فمن نفسى .... والخير أردت .

وأسأل المولى الحكيم العليم ... الحنان المنان، وبجميع أسمائه الحسنى أن يجعله عملاً متقبلاً عنده ... نافعاً لى ولغيرى فى حياتى ومماتى، ثقيلاً فى ميزان حسناتى يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

تم بحمد الله تعالى ،،،

---

(١) سورة هود ، الآية رقم ٨٨ .

قائمة المراجع

المراجع القانونية

أولاً : المؤلفات القانونية ورسائل الدكتوراه :

١-الدكتور/ إبراهيم عطا شعبان : النظرية العامة للامتناع ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، مايو ١٩٨١.

٢- الدكتور/ السيد عيد نايل : مدى مشروعية الإضراب .

٣- الدكتور/ أحمد فتحى سرور : الجرائم الضريبية والنقدية ، طبعة ١٩٦٠.

٤- الدكتور/ أحمد فتحى سرور : الوسيط فى قانون العقوبات ، طبعة ١٩٧٩.

٥- الدكتور/ السعيد مصطفى السعيد : الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، طبعة ١٩٥٢.

٦- أشرف توفيق شمس الدين : دراسة نقدية لمكافحة غسل الأموال الجديد ، دار النهضة العربية، القاهرة ، طبعة ٢٠٠٣.

٧- الدكتور/ أمين مصطفى محمد : الجرائم الانتخابية ، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٠.

٨- الدكتور / أمين مصطفى محمد : الحماية الجنائية للدم ، دار الجامعة الجديدة ، ١٩٩٩ .

٩- الدكتور/ جلال ثروت : نظم القسم الخاص فى قانون العقوبات ، مطابع السعدنى ، الإسكندرية ، طبعة ٢٠٠٦.

١٠- الدكتور/ جلال ثروت : شرح قانون العقوبات ، نظرية الجريمة متعدية القصد ، طبعة ٢٠٠٥.

١١- الدكتور/ جلال ثروت : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطابع السعدنى ، طبعة ٢٠٠٥.

١٢- الدكتور/ جلال ثروت : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، طبعة ٢٠٠٥.

١٣- الدكتور/ جلال ثروت : نظم الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة ٢٠٠٣.

١٤- الدكتور/ حبيب إبراهيم الخليلى : مسئولية الممتنع المدنية والجنائية ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٧.

١٥- الدكتور/ حسن صادق المرصفاوى : المرصفاوى فى قانون العقوبات تشريعاً وقضاءاً فى مائة عام ، منشأة المعارف ، الطبعة الثالثة ، الإسكندرية ٢٠٠١.

١٦- الدكتور/ حسنين عبيد. : الوجيز فى علم الإجرام والعقاب ط ١٩٩٠- ١٩٩١، دار النهضة العربية .

١٧- الدكتور/ حسنين عبيد. : نظرية الجريمة المتعدية القصد فى القانون المصرى والمقارن، رسالة دكتوراه فى القانون – جامعة الإسكندرية .

١٨- الدكتور/ حسن صادق المرصفاوى : المرصفاوى فى قانون العقوبات تشريعاً وقضاءاً فى مائة عام ، منشأة المعارف ، الطبعة الثالثة ، الإسكندرية ٢٠٠١.

١٩- الدكتور/ رفعت الشاذلى : النظرية العامة للامتناع فى القانون الجنائى والشريعة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة .

٢٠- الدكتور/ رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائى ، منشأة المعارف ، طبعة ١٩٩٧.

٢١- الدكتور/ رمسيس بهنام : نظرية التجريم فى القانون الجنائى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، طبعة ١٩٧١.

٢٢- الدكتور/ رمسيس بهنام : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، منشأة المعارف طبعة ٢٠٠٥.

٢٣- الدكتور/ رؤوف عبيد : جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربى ، طبعة ١٩٧٨.

٢٤- الدكتور/ رؤوف عبيد : السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دارسة تحليلية مقارنة، مطبعة الاستقلال الكبرى ، طبعة ١٩٨٤.

٢٥- الدكتور/ شريف فوزى : جرائم السلوك السلبى فى الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر ، سنة ١٩٧٦.

٢٦- الدكتور/ سليمان عبد المنعم : النظرية العامة لقانون العقوبات ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة ٢٠٠٠.

٢٧- الدكتور/ على القهوجى : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، طبعة ٢٠٠٤.

٢٨- الدكتور/ فتوح الشاذلى ، الدكتور. على القهوجى . : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، طبعة ٢٠٠٣.

٢٩- الدكتور/ عبد الرؤوف مهدى : شرح القواعد العامة لقانون العقوبات ، الجريمة ، المسئولية ١٩٨٦ ، مطبعة أطلس .

٣٠- الدكتور/ عبد الرؤوف مهدى : شرح القواعد العامة لقانون العقوبات فى دولة الإمارات العربية المتحدة مقارناً بالقانون المصرى ، ١٩٨٣ ، مطبعة أطلس.

٣١- الدكتور/ عبد الأحد جمال الدين : دروس فى المبادئ الرئيسية للقانون الجنائى ، القسم العام ، دار الفكر العربى ، طبعة ١٩٧٥.

٣٢- الدكتور/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى : الأحكام العامة للنظام الجزائى ، مطابع جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية ، طبعة ١٤١٦هـ - ١٩٩٥ .

٣٣- الدكتور/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الهدى للمطبوعات، ٢٠٠٥ .

٣٤- الدكتور/ على بدوى : الأحكام العامة فى القانون الجنائى ، القاهرة ، ١٩٣٨.

٣٥- الدكتور/ على راشد : القانون الجنائى ، المدخل وأصول النظرية العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٤.

٣٦- الدكتور/ على راشد : النظريات العامة للقانون الجنائى ، طبعة ١٩٦٦.

٣٧- الدكتور/ على عوض حسن ، د. خالد عبد الفتاح محمد : موسوعة شرح قانون العمل الجديد ، المجلد الثالث ، طبعة دار الحقانية ، القاهرة .

٣٨- الدكتور/ عوض محمد : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الإسكندرية ، طبعة ٢٠٠٠.

٣٩- الدكتور/ فتوح الشاذلى : قانون العقوبات المصرى ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة والمسئولية والجزاء الجنائى ، طبعة ٢٠٠٨.

٤٠- الدكتور/ فتوح الشاذلى : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة السعدنى ، طبعة ٢٠٠٧.

٤١- الدكتور/ فتوح الشاذلى : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الإسكندرية ، طبعة ٢٠٠٨.

٤٢- الدكتور/ فوزية عبد الستار : قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٢.

٤٣- الدكتور/ فوزية عبد الستار : المساهمة الأصلية فى الجريمة ، دراسة مقارنة ، طبعة ١٩٦٧.

٤٤- الدكتور/ محمد أحمد مصطفى أيوب : النظرية العامة للامتناع، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣.

٤٥- الدكتور/ محمود إبراهيم إسماعيل : شرح الأحكام العام لقانون العقوبات ، مكتبة الأنجلو مصرية الطبعة الثانية ، سنة ١٩٥٩.

٤٦- الدكتور/محمود جمال الدين زكى : قانون العمل ، الطبعة الثالثة ، طبعة ١٩٨٣.

٤٧- الدكتور/ محمد حلمى مراد : قانون العمل ، جـ٢ ، طبعة ١٩٥٩.

٤٨- الدكتور / محمد شكرى الدقاق : تعدد القوانين وتعدد الجرائم ، رسالة دكتوراه ، ١٩٨٩.

٤٩- الدكتور/ محمد زكى أبو عامر : قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الجامعة الجديدة للنشر والطبع ، طبعة ٢٠٠٧.

٥٠- الدكتور/ محمد زكى أبو عامر : قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار الجامعة الجديدة للنشر والطبع ، طبعة ٢٠٠٥.

٥١- الدكتور/ محمد عبيد الغريب : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، مطبعة أبناء وهبه حسان ، القاهرة ، سنة ١٩٩٤.

٥٢- الدكتور/ محمد كامل رمضان محمد : الامتناع عن المساعدة فى القانون الجنائى المصرى والمقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة أسيوط ، سنة ١٩٨٨ .

٥٣- الدكتور/ محمد كامل مرسى : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الثانية ، ١٩٢٣.

٥٤- الدكتور/ محمد محى الدين عوض : القانون الجنائى ومبادئه الأساسية ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ، القاهرة ، طبعة ١٩٨١ .

٥٥- الدكتور/ مأمون محمد سلامة : قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨٣ .

٥٦- الدكتور/ مأمون محمد سلامة : قانون العقوبات ، القسم العام ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩١.

٥٧- الدكتور/ مأمون محمد سلامة : جرائم الارتكاب بالامتناع ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة روما ، يوليو ١٩٦٢.

٥٨- الدكتور/ مأمون محمد سلامة : النظرية الغائية للسلوك فى القانون الجنائى ، بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية ، مارس ١٩٩٦.

٥٩- الدكتور/ مجدى نجيب حافظ : قانون الأسلحة والذخائر ، دار العدالة للطباعة والنشر ، طبعة ١٩٩٤.

٦٠- الدكتور/ مجدى محب حافظ : جرائم العرض ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٣.

٦١- الدكتور/ محمود نجيب حسنى : جرائم الامتناع والمسئولية الجنائية عن الامتناع ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٨٦.

٦٢- الدكتور/ محمود نجيب حسنى : النظرية العامة للقصد الجنائى ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٧٨.

٦٣- الدكتور/ محمود نجيب حسنى : الاعتداء على الحياة فى التشريعات الجنائية العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٧٩.

٦٤- الدكتور/ محمود نجيب حسنى : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ .

٦٥- الدكتور/ محمود نجيب حسنى : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨.

٦٦- الدكتور/ مصطفى أحمد سعفان. : مجلة محكمة النقض ، العدد الأول ، يونيو ٢٠٠٦.

٦٧- الدكتور / مصطفى محمود عفيفى : نظامنا الانتخابى فى الميزان (بحث تحليلى) ، الناشر ، مكتبة سعيد رأفت عام ١٩٨٤.

٦٨- الدكتور / مصطفى محمود عفيفى : المسئولية الجنائية فى الجرائم الإنتخابية ، دار النهضة العربية ١٩٩١.

٦٩- الدكتور / ناصف إمام هلال : إضراب العاملين بين الإجازة والتجريم ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس سنة ١٩٨٤

٧٠- الدكتورة / هدى حامد قشقوش : القتل بدافع الشفقة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦.

٧١- الدكتور/ يسرى أنور : شرح قانون العقوبات ، طبعة ١٩٩٠.

ثانياً: المجلات والبحوث ومجموعات الأحكام القضائية :

١- أبحاث فى القانون والإيدز – للدكتور/ فتوح الشاذلى – طبعة ٢٠٠١ – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية .

٢- مجلة محكمة النقض المصرية – العدد الأول – يونيو ٢٠٠٦ للمستشار الدكتور / مصطفى أحمد سعفان .

٣- المحاماة السنة ٢ .

٤- المحاماة السنة ٥ .

٥- المحاماة السنة ١١ .

٦- مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر الجنائية لمحكمة النقض ، والصادرة عن المكتب الفنى .

٧- مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض – الدوائر الجنائية فى مائة عام – فى قانون العقوبات للدكتور / المرصفاوى – طبعة ١٩٩٤ – منشأة المعارف – الإسكندرية .
٨- حكم محكمة أمن الدولة العليا فى القضية ٤١٩٠ لسنة ١٩٨٦ الأزبكية (١٢١ كلى شمال القاهرة إضراب عمال السكة الحديد) .
٩- حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٢٠٠٨/١/١٢ فى قضية العائدين للمسيحية.
١٠- حكم المحكمة الجزئية بسفاجا فى القضية رقم ١٥٢٥ لسنة ٢٠٠٦ والمستأنفة برقم ٢٨٨٧ لسنة ٢٠٠٩ مستأنف البحر الأحمر، بشأن غرق العبارة السلام ٩٨.
١١- بحث الاعتداء على الحياة فى التشريعات العربية الحديثة ، للدكتور محمود نجيب حسنى ، معهد البحوث والدراسات العربية ، سنة ١٩٧٩.
١٢- بحث عن الفقه الجنائى الإسلامى ، للدكتور محمود نجيب حسنى ، منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٨٤.
١٣- د. نبيل لوقا بباوى ، مقالة بعنوان عدم دستورية الإضرابات إلا بضوابط ، جريدة الجمهورية بعددها رقم ١٩٨٣٩ الصادر يوم الثلاثاء ١٦ ربيع الآخر ١٤٢٩ هـ ، ٢٢ أبريل ٢٠٠٨م.

مراجع الشريعة الإسلامية

أولاً : القرآن الكريم وعلومه :

١- تفسير القرطبى الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى ، المتوفى ٦٧١ هـ طبعة دار الشعب .
٢- تفسير ابن كثير للإمام / أبى الفداء إسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى ، المتوفى ٧٧٤ هـ ، دار إحياء الكتب العربية.
٣- أيسر التفاسير لأبى بكر الجزارى، دار الكتب العلمية ، مكتبة العلوم، دار الحكمة ، المدنية المنورة ، ١٤١٤ هـ.

ثانياً: الحديث وعلومه :

١- فتح البارى فى شرح صحيح البخارى ، الإمام الحافظ بن حجر العسقلانى، المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٤٢٦ هـ .
٢- نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار ، من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن على بن محمد الشوكانى، المتوفى ١٢٥٥ هـ ، طبعة ١٣٩١ هـ ، مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر .
٣- الجامع الصحيح لأبى عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بروزية البخارى الحيفى ، المتوفى ٢٥٦ هـ، طبعة كتاب الشعب .
٤- رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين للإمام / أبى زكريا محى الدين أبى بكر زكريا بن شرف النووى، المتوفى ٦٧٦ هـ ، دار إحياء الكتب العربية ، ١٩٧١، مكتبة الشمرلى.
٥- فيض القدير شرح الجامع الصغير، المنياوى ١٩٧٢ ، دار المعرفة ، بيروت.
٦- شرح صحيح مسلم، لأبى زكريا محى الدين بن شرف النووى، دار الكتب العالمية ، بيروت ، لبنان.
٧- مجمع الجوامع المعروف بالجامع الكبير للإمام جلال الدين السيوطى ٨٤٩ هـ - ٩١١ هـ ، العدد الثانى والعشرون من الجزء الرابع من السنة القولية ، ط١ ، ١٤١٥ هـ = ١٩٩٤ م، مجمع الحقوق الإسلامية من موسوعة السنة يصدرها الأزهر الشريف.
٨- سنن أبو داود ، كتاب الأدب .
٩- ابن ماجه ، كتاب التجارات .
١٠- سنن البيهقى ، كتاب الجراح .
١١- شرح موطأ مالك لأبى الوليد سليمان بن خلف ، دار الكتاب الإسلامى ، الطبعة الثانية .
١٢- فتح القدير للإمام كمال الدين
١٣- مسند أبى يعلى ، الجزء السابع.

ثالثاً: المؤلفات الفقهية :

(أ) الفقه الحنفى :

١- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبى بكر بن محمد مسعود الكاسانى، المتوفى ٥٨٧ هـ ، الطبعة الأولى، مطبعة الجمالية، الجزء السابع ، ١٣٢٨ هـ = ١٩١٠م .
٢- البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق لابن نجيم ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، الطبعة الأولى بالطبعة العلمية.
٣- المبسوط بشمس الأئمة أبو بكر محمد السرخسى، المتوفى ٤٨٣ هـ ، مطبعة دار الكتب العلمية ببيروت ، لبنان .

٤- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، تأليف الشيخ علاء الدين أبى الحسن على بن خليل الطرابلسى، المتوفى ٨٤٤ هـ ، طبع بولاق ١٣٠٠هـ .

(ب) الفقه المالكى :

١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن عبد الباقى بن يوسف المتوفى ١١٢٢هـ ، مطبعة محمد مصطفى .
٢- مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ.
٣- تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية مطبوع بهامش الفروق للإمام للقرافى .
٤- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى، المتوفى ١٢٣٠ هـ ، المطبعة الأزهرية ، طبعة ١٣٧٣ هـ .
٥- التاج والإكليل لمختصر خليل ، مطبوع بهامش مواهب الجليل للمواق ، مطبعة السعادة ١٣٢٨ هـ.
٦- تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام للإمام برهان الدين أبى الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن فرحون المالكى .

(ج) الفقه الشافعى :

١- الأم للإمام الكبير أبى عبد الله محمد بن أدريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤ هـ وبهامشه مختصر الإمام المزنى الشافعى المتوفى سنة ٢٦٤ هـ، طبعة دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
٢- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمود أبو العباسى أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى المتوفى المصرى الأنصارى الشهير بالشافعى الصغير المتوفى ١٠٠٤ هـ ، طبعة ١٣٨٦ هـ = ١٩٦٧م ، مطبعة الحلبى وأولاده بمصر .
٣- المهذب لأبى اسحق إبراهيم بن على بن يوسف وزايادى الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، مطبعة البابى الحلبى ١٣٤٣ هـ.
٤- حاشية على شرح منهاج الطالبين لأبى العباس أحمد بن أحمد سلامه شهاب الدين القليوبى المتوفى ١٠٦٩هـ الطبعة الثالثة ، مطبعة الحلبى ١٣٧٥ هـ = ١٩٥٦ م.
٥- تحفة المحتاج لشرح المنهاج للإمام شهاب الدين أحمد بن حجر البهتيمى المتوفى ٩٧٤ هـ وبهامشه حاشية ابن القاسم العبادى ، مطبعة بولاق .
٦- مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج شرح للشيخ محمد الخطيب الشربينى على منهاج الطالبين للإمام زكريا يحيى ابن شرف النووى، طبعة ١٣٧٤ هـ = ١٩٥٥م ، المكتبة التجارية بمصر .

(د) الفقه الحنبلى :

١- المغنى تأليف الشيخ العلامة الإمام موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المتوفى ٦٢٠ هـ، على مختصر الإمام أبى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى ويليه الشرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامه المقدسى المتوفى ٦٨٢ هـ، وكلاهما على مذهب إمام الأئمة أبى عبد الله بن أحمد بن حنبل الشيبانى مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضى الله عنهم ، الجزء الثانى ، دار الكتاب العربى.
٢- السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية وتسمى الجوامع فى السياسة الإلهية والآيات النبوية وهى رسالة لابن تيمية الحرانى الحنبلى المتوفى ٧٢٨ هـ ، مطبعة دار الشعب .